



UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

A União de Facto, o Casamento e os Direitos Sucessórios

Mestrado em Direito e Prática Jurídica
Especialidade em Direito Civil

Mariana Filipa Lopes da Silva
2019

A União de Facto, o Casamento e os Direitos Sucessórios

Tese de Mestrado elaborada sob a orientação do Professor Doutor Daniel
de Bettencourt Rodrigues Silva Morais

Agradecimentos:

- Aos meus familiares e amigos
- Ao Professor Doutor Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais
- À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RESUMO

O Direito das Sucessões procura solucionar questões jurídicas de extrema importância, no entanto, as repostas preconizadas por este ramo do Direito não são, atualmente, capazes de dar resposta às necessidades da sociedade portuguesa. Pelo que, a generalidade da doutrina se tem insurgido no sentido da necessidade de reforma do Livro V do Código Civil.

O imobilismo *jus-sucessório*, entre outros pontos, tem contribuído em grande medida para a discrepância entre o estatuto do cônjuge sobrevivente e do companheiro sobrevivente, a que ainda hoje se assiste.

A sociedade portuguesa, por outro lado, vê hoje o casamento e a união de facto como modelos familiares idênticos. Não obstante, o unido de facto não é herdeiro legal do seu companheiro e goza apenas de direitos de cariz social aquando da morte do seu parceiro. Apesar da lei exigir que os unidos de facto vivam em condições análogas às dos cônjuges, no momento da rutura, o legislador traça uma abismal diferença entre os dois modelos familiares, o que é em si contraditório.

De facto, esta discrepância, levanta inclusive questões de conformidade à Constituição da República Portuguesa, uma vez que estamos perante duas figuras de natureza familiar que o Estado tem obrigação de proteger, nomeadamente, num momento tão vulnerável como é o da morte de um ente próximo.

É certo que o casamento tem natureza contratual e que os unidos de facto não se quiseram vincular ao regime sucessório matrimonial, no entanto, o facto de o companheiro sobrevivente não ser, pelo menos, herdeiro legítimo do seu parceiro, consubstancia uma diferença injustificada, uma vez que estamos perante duas figuras análogas em termos de convivência e afeto.

Atualmente, releva cada vez mais o relacionamento efetivo e não qualquer tipo de vínculo contratual, pelo que é necessário que o legislador pondere o peso que ocupa ainda hoje, no sistema sucessório português, a sucessão legítima e dê primazia à liberdade de disposição *mortis causa*, exista ou não um vínculo contratual subjacente à relação.

O cônjuge sobrevivente não precisa hoje de tamanha proteção no momento da morte do seu parceiro e a união de facto não tem menor dignidade que o casamento por não ter natureza contratual. De facto, os argumentos que ainda hoje diferenciam as duas figuras são puramente formais e esses não só se têm vindo a dissipar, como perdem cada vez

mais a sua importância, numa sociedade em que a ideia de autoridade do Estado e da Igreja se desvanece.

Palavras Chave: Imobilismo *Jus*-sucessório; convivência; afeto; relacionamento efetivo; liberdade.

ABSTRACT

The Law of Succession seeks to solve legal issues of extreme importance, however, the solutions by it recommended are not currently capable of meeting the needs of Portuguese society. Therefore, the generality of the doctrine has arisen in the sense of the need to reform Book V of the *Código Civil*.

Immobilism, among other points, has contributed to the discrepancy between the status of surviving spouse and the unmarried surviving partner.

The Portuguese society, however, considers marriage and the non-marital partnership as identical family models. Nevertheless, the unmarried partner still not a legal heir of his partner and enjoys only social rights at the moment of his death. Although the law requires them to live in equal conditions to married couples, at the moment of rupture the legislator draws an abysmal difference between these two-family models, which is contradictory.

In fact, this discrepancy raises questions of compliance with the *Constituição da República Portuguesa*, since we are faced with two figures of family nature that the state has an obligation to protect at such a vulnerable time as the death of the partner.

It is true that marriage has a contractual nature and the unmarried partners did not want the succession regime of the marriage, however, given the fact that we are facing two figures analogous in terms of coexistence and affection, is completely unjustified that the surviving partner is not at least the legitimate heir of his partner.

Nowadays, it is increasingly important the effective relationship between two individuals and not any type of contractual relationship. Therefore, the legislator must follow these social aims and ponder the weight that still occupies today, in the Portuguese succession system, the legitimacy succession, giving priority to the freedom of disposition of property by death, whether or not there is a contractual link underlying the relationship.

The surviving spouse does not need such protection at the time of his partner's death and the non-marital partnership has no less dignity than marriage just because it has no contractual nature. In fact, the arguments that differentiate the two figures are purely formal, and these have not only dissipated but increasingly lose their importance in a society in which the idea of state and church authority is vanishing.

Keywords: Immobilism; coexistence; affection; effective relationship; freedom.

ÍNDICE

SIGLAS	8
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	14
NOÇÃO E REGIME JURÍDICO DO CASAMENTO E DA UNIÃO DE FACTO	14
1. NOÇÃO E ASPETOS GERAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DO CASAMENTO.....	14
2. CONTEÚDO DOS DEVERES CONJUGAIS.....	16
3. NOÇÃO DE UNIÃO DE FACTO	19
4. FORMALIDADES	20
4.1. CONSTITUIÇÃO DO CASAMENTO	20
4.2. CONSTITUIÇÃO DA UNIÃO DE FACTO	21
5. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO DE FACTO.....	22
5.1. ASPETOS GERAIS E DISSOLUÇÃO POR RUTURA DA RELAÇÃO	22
5.2. DISSOLUÇÃO POR MORTE	25
5.2.1. EFEITOS DA DISSOLUÇÃO POR MORTE NO CASAMENTO	25
5.2.1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	25
A) Código de Seabra (1867).....	26
B) Código de 1966 (versão originária)	27
5.2.1.2. A REFORMA DE 1977 E O ATUAL ESTATUTO DO CÔNJUGE SOBREVIVO.....	27
5.2.2. EFEITOS DA DISSOLUÇÃO POR MORTE NA UNIÃO DE FACTO	35
5.2.2.1. CASA DE MORADA DE FAMÍLIA.....	36
A) Imóvel como propriedade de ambos os membros do casal	37
B) Imóvel como propriedade exclusiva do companheiro falecido	37
C) Direito ao arrendamento da casa anteriormente arrendada pelo companheiro falecido.....	44
5.2.2.2. PRESTAÇÕES SOCIAIS POR MORTE	47
5.2.2.3. DIREITO A ALIMENTOS DA HERANÇA DO FALECIDO	49
5.2.2.4. INDEMNIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E NÃO PATRIMONIAIS	50
5.2.3. CONCLUSÃO.....	51

CAPÍTULO II.....	54
OS DEVERES CONJUGAIS	54
1. O CUMPRIMENTO DE DEVERES NA UNIÃO DE FACTO.....	55
2. A JURIDICIDADE DOS DEVERES CONJUGAIS	61
CAPÍTULO III	79
NATUREZA JURÍDICA DA UNIÃO DE FACTO.....	79
1. A INDEMNIZAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS PROVENIENTES DA MORTE DO COMPANHEIRO E O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA.....	80
2. DISCUSSÃO EM TORNO DA NATUREZA JURÍDICA DA UNIÃO DE FACTO	88
CAPÍTULO IV.....	95
DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA EM TORNO DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS DO CASAMENTO À UNIÃO DE FACTO	95
CONCLUSÃO	104
BIBLIOGRAFIA	108

SIGLAS

AR – Assembleia da República

BE - Bloco de Esquerda

CC - Código Civil

CDFUE- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CRP - Constituição da República Portuguesa

CRPr – Código do Registo Predial

DL – Decreto-Lei

LUF - Lei da União de Facto

NRAU – Novo Regime do Arrendamento Urbano

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

INTRODUÇÃO

A morte de alguém é um momento trágico e de grande sofrimento para familiares e amigos, não obstante, no seio de todas estas emoções, levantam-se um conjunto de questões pertinentes, nomeadamente sobre o destino dos bens do *de cujus*, às quais o Direito das Sucessões deve dar resposta. Porém, com o avançar dos tempos, algumas das antigas interrogações deixam de se colocar e surgem agora novas perguntas que este ramo do Direito deve solucionar.

O reconhecimento da união de facto no ordenamento jurídico português colocou recentemente novas questões ao Direito Sucessório. No entanto, as respostas dadas pelo legislador têm sido insuficientes, tal como tem vindo a acontecer relativamente a vários outros temas dentro da problemática sucessória. Pode então dizer-se, que este ramo do Direito não tem acompanhado a evolução valorativa que se observa na sociedade portuguesa.¹

A problemática do imobilismo *jus-sucessório* não é recente e tem sido, desde as décadas de 80 e 90 do século passado, referida por Carlos Pamplona Corte-Real.² Mais recentemente, Daniel Morais na sua tese de doutoramento, focou também esta situação.³ Jorge Duarte Pinheiro, tem realçado a necessidade da reforma do Livro V do Código Civil em alguns aspetos, nomeadamente no que toca à rigidez da sucessão legitimária,⁴ assim como vários outros autores, entre eles Rita Lobo Xavier.⁵

Sem querer desde já aprofundar esta discussão, que será posteriormente abordada, cabe dizer que a estagnação deste ramo do Direito contribuí para duas situações que aqui importa expor e que, entre outros motivos, levam a uma discrepância entre os efeitos sucessórios na união de facto e no casamento. Se por um lado, no casamento, cujo regime terei oportunidade de analisar em sede própria, o cônjuge sobrevivente é extremamente protegido e inclusive beneficiado em relação aos restantes

¹ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito das Sucessões Contemporâneo”, Lisboa, AAFDL Editora, 3ª edição, 2019, pág. 24.

² Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, “Direito da Família e das Sucessões”, Relatório apresentado no concurso para professor associado da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, LEX, 1995, págs. 121 a 129.

³ DANIEL MORAIS, “A Autodeterminação Sucessória - por Testamento ou por Contrato?”, Tese de doutoramento em Direito, Especialidade em Ciências Jurídico-Civis, sob a orientação do Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa, Universidade de Lisboa, 2014, págs. 15 e 16.

⁴ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito das Sucessões...”, pág. 372.

⁵ Rita LOBO XAVIER, “Para quando a renovação do direito sucessório português?” em Edição Comemorativa do Cinquentenário Código Civil”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pág. 601.

herdeiros legitimários, o que é fruto precisamente de o regime sucessório assentar em pressupostos fácticos que hoje já não se verificam. Por outro lado, o companheiro sobrevivente não é, ainda hoje, herdeiro legal do seu companheiro, o que tem sido criticado por diversos autores, entre eles Jorge Duarte Pinheiro.⁶

Esta diferença de regimes reflete-se a vários níveis, embora a diferença de efeitos sucessórios seja a mais gritante⁷, o que é também consequência do dinamismo do Direito da Família por oposição ao imobilismo do Direito das Sucessões. É também aquela sobre a qual vou incidir maioritariamente, sob pena de me desviar do tema que aqui me proponho analisar.

A escassez de efeitos jurídicos na união de facto, deve-se a uma ideia que já Napoleão citava, “Se os concubinos não querem saber da lei, a lei não quer saber dos concubinos”.⁸ Mas também a uma ideia de grande fosso, nomeadamente sob uma perspetiva social, desta figura para com o casamento. O que é uma conceção pouco atual e na qual o Direito sucessório continua a assentar.

A união de facto continua, por isso, a ser um espaço de não direito.⁹ E embora o legislador tenha vindo progressivamente a aumentar os seus efeitos jurídicos, continua a traçar uma diferença entre regimes intencional e com o objetivo de diferenciar o estatuto das duas figuras, como se a união de facto de uma situação menos dignificante se tratasse.¹⁰

A verdade é que, se por um lado, os unidos de facto rejeitaram os efeitos do casamento, por outro, estes têm uma vida em comum, em que há necessariamente partilha pessoal e patrimonial e por isso é necessária regulação jurídica do momento da dissolução por morte ou rutura relacional. Até porque, se no início, os unidos de facto, tencionam criar um modelo de vida comum muito mais flexível e desprovido de efeitos jurídicos que o casamento, a verdade é que no decurso da vida em comum a vontade de

⁶ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito das Sucessões...”, pág. 372.

⁷ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, “Os Factos no Casamento e o Direito na União de Facto” em Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pág. 102.

⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas sobre a Lei Nº 23/2010, De 30 de Agosto (Alteração à Lei Das Uniões de Facto)” em Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, nº14 Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 139, consultado em 30 de Agosto de 2018. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/styled/>

⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas...”, pág. 140, consultado em 30 de Agosto de 2018.

¹⁰ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, “Relance Critico sobre o Direito da Família Português” em Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pág. 121.

institucionalização jurídica vai sendo cada vez maior.¹¹ É verdade que deve existir liberdade na escolha do modelo familiar a seguir, mas o Estado não pode ficar alheio a esta situação. Por outro lado, não fará sentido equiparar todos os efeitos das duas figuras, o que tornaria uma delas desnecessária e iria contra a vontade dos conviventes que não quiseram casar.

Esta é a grande problemática que aqui me proponho analisar, ou seja, a opção pela regulamentação legislativa ou pela informalidade jurídica da união de facto,¹² com a detalhada análise dos efeitos aquando da dissolução por morte da união de facto e do casamento, inclusive numa perspetiva histórica e evolutiva. E também com a contraposição das opiniões dos diversos autores, que já se pronunciaram em diferentes sentidos sobre esta temática.

Como já referi, a tendência é para um crescente reconhecimento de efeitos jurídicos à união de facto, essencialmente por motivos de cariz protecionista, devido à sua proximidade existencial com o casamento e às dependências que emergem de uma comunhão de vida.¹³

Apesar de tudo, nas palavras de vários autores, os efeitos reconhecidos atualmente na LUF são ainda manifestamente insuficientes. Refere Guilherme de Oliveira que, “a ingerência é ainda apenas do tipo assistencial dirigida a cenários de crise, que um Estado moderno tem de adotar qualquer que seja a opção de vida dos cidadãos”.¹⁴ Segundo Francisco Brito Pereira Coelho, a aproximação das duas figuras a nível social e até jurídico contrasta com os escassíssimos efeitos jurídicos atribuídos à união de facto.¹⁵

Segundo este autor, a diferença entre as duas figuras reside, essencialmente, no facto de no casamento existir uma vontade de vinculação no plano jurídico. E esta diferença tem sido esbatida pela sucessiva desregulação do casamento, pelo progressivo afrouxamento dos deveres conjugais e pela facilitação do divórcio, o que leva a uma perda de importância do momento declarativo do casamento, por oposição ao seu momento

¹¹ Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, Lisboa, AAFDL Editora, 2ª edição, 2018, pág. 591.

¹² Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, pág. 614.

¹³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Breves Reflexões sobre a Proteção Do Unido De Facto Quanto à Casa de Morada de Família Propriedade do Companheiro Falecido” em Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, págs. 309 e 310.

¹⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas..”, pág. 153, consultado em 1 de Setembro de 2018.

¹⁵ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, “Os Factos...”, pág. 102.

executivo, que ganha assim maior destaque e que vem, sem qualquer dúvida, aproximar o casamento da união de facto.¹⁶

Aquando da elaboração da LUF em 2001, as estatísticas mostravam que 3,9 % dos casais viviam em união de facto relativamente ao total da população residente e 6,9% relativamente a todas as pessoas que coabitavam. Em 2007, os números cresceram provavelmente para o dobro, refere Guilherme de Oliveira.¹⁷ A tendência de evolução é então o aumento destes números, por oposição à progressiva perda de importância do casamento. Posto isto, é de fundamental importância refletir sobre os direitos concedidos aos unidos de facto e em particular sobre os direitos conferidos aquando da morte de um dos companheiros.

Hoje, o individualismo, determina que cada um desenvolva a sua personalidade livremente, ideia presente no artigo 26º da CRP. Pelo que as sociedades contemporâneas negam a existência de padrões de comportamento válidos para todos e por isso, apesar de o modelo matrimonial preferido pelo legislador continuar a ser o casamento, o Estado não pode ignorar os cidadãos que optaram por viver em união de facto.¹⁸ Como já se disse, é necessário acautelar a situação jurídica do desenlace do ponto de vista social e patrimonial.¹⁹

Mas esta necessidade de preocupação do Estado, tem de ter em conta precisamente, que os membros da união optaram por não casar e que introduzir efeitos imperativos na regulação da sua vida pode ser atentatório dos seus direitos. Além disso, apesar de uma certa aproximação das duas figuras, que a sociedade vê aos poucos como equivalentes no plano das funções desempenhadas, acompanhada por uma crescente sensação de desnecessidade do casamento,²⁰ parte da população ainda as tem como distintas e dá preferência ao casamento como modelo jurídico de regulação da vida íntima.²¹ Pelo que, é necessário ter em conta todos estes vetores contraditórios entre si quando se pondera aproximar os regimes da união de facto e do casamento. É aqui que reside a questão central do tema proposto e que bastante controvérsia tem gerado na doutrina.

¹⁶ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", págs. 98 a 101.

¹⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 139, consultado em 3 de Setembro de 2018.

¹⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", *idem ibidem*, consultado em 3 de Setembro de 2018.

¹⁹ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, "Relance Crítico...", pág. 122.

²⁰ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 101.

²¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", *idem ibidem*, consultado em 3 de Setembro de 2018.

Uma das grandes questões que está subjacente à discussão em torno dos efeitos jurídicos dados à união de facto refere-se à natureza jurídica desta. Sobre esta temática já se pronunciaram vários autores, em diversos sentidos, que serão aqui também amplamente expostos. A par desta questão, surge também toda a divergência relativa aos deveres conjugais e à aceitação ou não da ressarcibilidade dos danos causados pela sua violação no casamento.

Isto porque alguns autores,²² utilizam o facto de os companheiros não se terem vinculado juridicamente ao cumprimento dos deveres pessoais existentes no casamento, como argumento para que os unidos de facto não possam beneficiar de tantos direitos como os que têm os cônjuges. Por outro lado, parte da doutrina,²³ desvaloriza hoje este argumento, pela perda de juridicidade destes deveres, relacionada com motivos que serão em sede própria expostos. Por tudo isto, também esta problemática será necessariamente analisada, caberá neste ponto procurar perceber quais as atuais consequências do seu incumprimento.

É tempo de se encabeçarem as necessárias alterações ao Direitos das Sucessões e a mudança já se iniciou. Exemplo disso, é a Lei n.º 48/2018 que procedeu à alteração de algumas disposições do Código Civil e que vem permitir a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário, na convenção antenupcial. Esta possibilidade, vem contrariar um pouco a grande proteção que é dada ao cônjuge sobrevivente e que já tem sido referida, por diversos autores,²⁴ como desadequada. Embora esta renúncia só seja permitida no caso do regime de bens do casamento ser o da separação de bens e seja meramente opcional, é uma solução que vem iniciar a adaptação do regime sucessório ao novo quadro social, tentando proteger os filhos de anteriores casamentos, uma vez que as segundas núpcias são agora mais comuns e abrindo a possibilidade de ser dada menor proteção ao cônjuge sobrevivente no momento da morte do seu companheiro.

A regulação do momento da morte na união de facto é igualmente relevante e coloca semelhantes problemas aos que surgem na dissolução do casamento por morte, não estivéssemos nós perante dois modelos de vida em comum, análogos no que toca ao

²² Como por exemplo, Rita LOBO XAVIER, "Novas Sobre a União" More Uxório" em Portugal" em Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1ª edição, 2002, pág. 1404.

²³ Por exemplo, Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 101.

²⁴ Por exemplo, Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Estatuto do Sobrevivente da União: Pontos De Conexão e De Rutura Entre o Direito das Sucessões e o Direito da Família" em Temas Controvertidos de Direitos das Sucessões, O Cônjuge e o Companheiro, Lisboa, aafdl, 2015, pág. 51 e 52.

plano convivencial.²⁵ Por isso, esta não pode ser ignorada e deve ser de igual modo alvo de estudo, no sentido de adequar as soluções legislativas atualmente previstas aos problemas que surgem no seio das uniões. Apesar de o regime da união de facto ter sofrido várias alterações desde 1999, ano do surgimento da primeira lei que veio regular a figura, o companheiro sobrevivente ainda não é herdeiro legal do seu parceiro, situação que deve ser alvo de profunda reflexão, tendo em conta tudo o que foi sendo exposto.

CAPÍTULO I

NOÇÃO E REGIME JURÍDICO DO CASAMENTO E DA UNIÃO DE FACTO

Como já referi na introdução, embora de forma mais breve, não é possível fazer uma análise da problemática principal e que procurei definir em traços gerais, sem antes distinguir as duas figuras e expor as ideias essenciais sobre a sua regulação jurídica. Será, no entanto, uma análise sintética quanto àquilo que não diz respeito à sua regulação em caso de dissolução por morte, pois é relativamente a este ponto que mais importa realçar e entender as diferenças entre regimes.

1. NOÇÃO E ASPETOS GERAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DO CASAMENTO

A noção de casamento civil vem no artigo 1577º do CC, que o caracteriza como “um contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida nos termos das disposições do Código Civil”. Nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro, o casamento caracteriza-se pela contratualidade, pela assunção do compromisso recíproco de plena comunhão de vida, pela pessoalidade e pela solenidade.²⁶ Sendo que hoje, tal como na união de facto, esta partilha de vida poderá ser tanto entre duas pessoas de sexo diferente, como entre duas pessoas do mesmo sexo.

Estes pontos têm bastante relevância no que toca à distinção entre casamento e união de facto, em que reina a informalidade e em que não são juridicamente assumidos

²⁵ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL e José SILVA PEREIRA, “Direito da Família, Tópicos para uma Reflexão Crítica”, Lisboa, aafdl, 2008, pág. 50.

²⁶ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família Contemporâneo”, Lisboa, AAFDL Editora, 6ª edição, 2018, pág. 305.

deveres recíprocos. Embora atualmente, algumas destas características do casamento, nomeadamente a contratualidade e a solenidade,²⁷ estejam postas em causa por vários motivos.

De facto, o casamento é um vínculo jurídico contratual, mas como também já aqui se disse, houve um recuo no que toca a esta situação, nomeadamente, pela perda de importância do seu momento declarativo.²⁸ Hoje, este instituto proporciona um grau de vinculação jurídica muito menos intenso, o que acontece essencialmente, pela perda de garantias relacionadas com os deveres conjugais e com a perdurabilidade do casamento,²⁹ situações que iremos analisar posteriormente.

Deste modo, os efeitos negociais ou diretos do casamento, ou seja, os efeitos a que se dirige a vontade dos nubentes e aos quais os unidos de facto se quiseram furtar, nomeadamente, a assunção de um compromisso com o mínimo de garantias e sem possibilidade de uma denuncia unilateral *ad nutum*, não decorrem hoje com facilidade do casamento, pelo que desapareceu muito do que era a base da diferença entre as duas figuras.³⁰ Especialmente após a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, mais do que o contrato de casamento e o compromisso de vinculação assumido, o que passou a ter realmente relevância, foi a continuada execução do projeto de comunhão de vida, tal como acontece na união de facto.³¹ Até porque, como iremos ver, hoje basta a rutura desta comunhão de vida para que se fundamente o divórcio.

Cabe também dizer que o casamento civil, apesar de ser a modalidade sobre a qual irá incidir esta análise, não é a única existente e que ao seu lado se encontra o matrimónio católico (1587º do CC).³² Apesar da perda de importância do casamento, a que já aludi, muitos dos casais que ainda hoje decidem casar, são influenciados pelas suas convicções religiosas e optam precisamente por esta modalidade. Aqui sempre haverá uma grande diferença entre casamento e união de facto, reconhecida inclusive, por autores que a negam em geral, como Francisco Brito Pereira Coelho.³³

Os efeitos essenciais do casamento são fixados injuntivamente nos artigos 1618º, 1698º e 1699º do CC, o que contrasta com o que ocorre na união de facto, em que os

²⁷ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 98.

²⁸ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 98.

²⁹ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 99.

³⁰ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 100.

³¹ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 99.

³² Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 308.

³³ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 102.

companheiros optaram precisamente por não querer todos estes efeitos injuntivos e onde vigora a autonomia, mas onde também já existem efeitos imperativos, nomeadamente, no que diz respeito ao direito de habitar a casa de morada de família (5º/1 da LUF). Segundo Francisco Brito Pereira Coelho, apesar de na união de facto valer um princípio de autonomia e informalidade,³⁴ o facto de estarmos perante uma relação análoga à dos cônjuges, faz com que tenha de haver sempre um corpo mínimo de normas imperativas entre os conviventes a que chama "Ordem Pública Convivencial".³⁵ Da mesma opinião partilha Pamplona Corte-Real, que defende que dada a semelhança de valores com o casamento, o Direito deverá regular determinados aspetos das uniões, mesmo que de forma imperativa.³⁶

A juntar a isto, no casamento vale hoje uma larga margem de autonomia, pois o Direito tem vindo progressivamente a desinteressar-se pela sua regulação, nomeadamente imperativa. Os casais podem, não só, escolher o regime de bens patrimonial (1698º do CC), como o modo de execução dos deveres conjugais, que não obedece a um padrão único, sendo permitidos os acordos sobre a orientação da vida em comum (1671º/2 do CC).³⁷

Todos estes aspetos têm vindo a aproximar casamento e união de facto,³⁸ a imperatividade das normas do casamento por oposição à autonomia privada que vigora nas uniões é cada vez menos um argumento diferenciador, embora ainda se aplique relativamente a vários aspetos.

2. CONTEÚDO DOS DEVERES CONJUGAIS

O casamento implica a assunção de um compromisso recíproco de plena comunhão de vida, como resulta do já referido artigo 1577º do CC. Este compromisso, traduz-se na vinculação jurídica ao cumprimento de deveres particulares, o que não ocorre obviamente na união de facto em que não existe um vínculo contratual. No entanto, sobre estes deveres, paira hoje uma dúvida relativamente à sua verdadeira juridicidade, que como já referi será vista em sede própria, quando se analisarem as consequências existentes, após 2008, pelo seu incumprimento. Por tudo isto, importa

³⁴ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 94.

³⁵ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 96

³⁶ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, "Relance Crítico...", pág. 122.

³⁷ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", págs. 86 e 93.

³⁸ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 85.

aqui fazer breve referência ao conteúdo de cada um dos deveres, que é possível concretizar minimamente, apesar de estes se encontrarem estabelecidos no artigo 1672º do CC, segundo a técnica dos conceitos indeterminados.³⁹

O dever de respeito é, nas palavras de Margarida Pereira, a “obrigação de admitir no convívio privado, íntimo e na sua projeção pública a personalidade do cônjuge, na sua total singularidade”.⁴⁰ Este dever consiste, portanto, em não lesar a honra do outro e tem sido admitido como um reflexo da tutela geral da personalidade física e moral assegurada pelo 70º/1 do CC, mas no domínio dos efeitos matrimoniais.⁴¹ O dever de respeito é bastante amplo e por isso, apesar do elenco dos deveres ser taxativo, cabem variadas situações neste conceito indeterminado, que é inclusive referido como um critério orientador subjacente a todo os outros deveres.⁴² E também como dever residual, pois nele cabem as situações que não constituam violações diretas de qualquer outro dever.⁴³

Quanto ao dever de fidelidade, tem prevalecido no Direito português a posição que o identifica com um dever de dupla abstenção. Existe assim um dever de fidelidade física que impede o adultério e um dever de fidelidade moral, que impede qualquer ligação amorosa com um terceiro, ainda que não carnal.⁴⁴

No entanto, para Jorge Duarte Pinheiro, a fidelidade moral encaixa-se no dever de respeito supra indicado,⁴⁵ pois o dever de fidelidade decorre da imagem legal do casamento como comunhão tendencialmente plena de vida (1577º do CC) e monogâmica (1601º/C do CC), por isso apenas fará sentido que englobe o adultério.⁴⁶ Em sentido contrário surgem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, que referem que não só as relações sexuais são violação do dever de adultério, mas também a conduta desregrada com um terceiro, a ligação sentimental e a troca de correspondência, por exemplo.⁴⁷ Margarida Pereira, parece concordar com estes autores, uma vez que refere que a disponibilidade psicológica para com o outro cônjuge não é menos importante e que por isso deverá estar incluída neste dever.⁴⁸ Já Castro Mendes, refere que a violação do dever

³⁹ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família...”, pág. 359 e 360.

⁴⁰ Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, pág. 296.

⁴¹ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família...”, pág. 360.

⁴² Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família...”, pág. 361.

⁴³ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso de Direito da Família”, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, Volume I, 5ª edição, 2016, pág. 410.

⁴⁴ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família...”, pág. 362.

⁴⁵ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família...”, pág. 363.

⁴⁶ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família...”, pág. 363.

⁴⁷ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso...”, pág. 412.

⁴⁸ Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, pág. 290.

de fidelidade consiste na prática de relações sexuais com terceiro.⁴⁹ Pelo que, como se pode concluir, não existe unanimidade na doutrina relativamente a esta questão.

O dever de coabitação, presente no artigo 1673.º do CC, impõe tradicionalmente a comunhão de mesa, leito e habitação. Ou seja, a partilha de recursos económicos, a prática de atos sexuais e a convivência dos cônjuges a tempo inteiro ou pelo menos habitual na casa de morada de família, respetivamente.⁵⁰ No entanto, nas situações excecionais previstas no artigo 1673º/2 do CC, é permitida a não adoção da residência da família, por exemplo por motivos profissionais, e nem por isso haverá separação de facto dos cônjuges.⁵¹ É inclusive possível que não haja residência de família, se não existir efetiva coabitação entre os cônjuges.⁵²

Apesar de desenvolver esta questão mais à frente, chamo aqui a atenção para o facto de esta necessidade de habitar conjuntamente, ser mais exigente na união de facto, onde é necessário que a coabitação já se verifique há pelo menos dois anos para que a união seja juridicamente protegida (1º/2 da LUF), apesar de os unidos de fato não se vincularem juridicamente ao cumprimento de nenhum destes deveres. Pelo contrário, no casamento, nem terá de existir uma efetiva coabitação, como acabámos de ver.

Quanto ao dever de cooperação, este vem regulado no artigo 1674º do CC, que o decompõe em duas obrigações. A obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de os cônjuges assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família, tendo como beneficiários em primeira linha, os parentes dos cônjuges e o coletivo familiar.⁵³ Este dever compreende não só, uma obrigação de proteção familiar a nível imaterial, como também numa vertente patrimonial.

O dever de assistência é estruturalmente patrimonial e a sua sede é no artigo 1675º/1 do CC. Este dever consubstancia duas obrigações que não convivem simultaneamente. A obrigação de alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar, pois que a primeira é absorvida pela segunda numa situação de normalidade e apenas adquire autonomia numa situação de rutura. A diferença entre as duas é precisamente a ausência de uma economia comum.⁵⁴

⁴⁹ João de CASTRO MENDES, "Direito da Família", edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990/1991, pág. 118.

⁵⁰ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 363-364.

⁵¹ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 414.

⁵² Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 415.

⁵³ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 366.

⁵⁴ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 368.

É ainda importante referir, que os cônjuges têm de contribuir para estes encargos conforme a sua capacidade contributiva e por uma das formas referidas no artigo 1676º/1 do CC, ou por ambas. No entanto, estamos aqui perante um domínio privilegiado para os já mencionados acordos sobre a orientação da vida em comum. Não ocorrendo esse acordo, vigora a contribuição proporcional (1676º/1 do CC). Jorge Duarte Pinheiro, defende ainda que, sendo este dever consubstanciado em prestações fungíveis, pode haver execução específica do seu cumprimento se um dos cônjuges contribuir com menos do que devia, o que vai além da solução fixada no artigo 1676º/4 do CC.⁵⁵

O artigo 1676º/2 do CC, estabelece que um dos cônjuges pode pedir uma compensação, no momento da rutura, se renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum.⁵⁶

É fácil de perceber, que todos estes deveres também devem ser e são tendencialmente cumpridos na união de facto, embora não como cumprimento de um contrato,⁵⁷ mas sim porque fazem parte de uma comunhão de vida. Aliás, a lei exige, para que exista uma união de facto, ou pelo menos, para que esta seja juridicamente protegida, que os companheiros vivam há dois anos em condições análogas às dos cônjuges, de acordo com o artigo 1º/2 da LUF. O que, como já vimos, inclui a coabitação, mas que abrange também os outros deveres conjugais. Desde logo, tratando-se de uma vida em comum, haverá sempre partilha patrimonial e por isso cooperação e assistência. Esta questão será analisada com maior pormenor em sede própria, embora fique aqui já enunciada em traços gerais.

3. NOÇÃO DE UNIÃO DE FACTO

A expressão união de facto foi pela primeira vez utilizada no ordenamento português na epígrafe do artigo 2020º do CC, após a reforma de 1977.⁵⁸ Mas foi na Lei n.º 135/99 que a figura foi institucionalizada pela primeira vez num diploma legal, até então, as medidas de proteção da união de facto estavam dispersas em legislação avulsa. ⁵⁹ O

⁵⁵ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 372.

⁵⁶ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 373.

⁵⁷ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 79.

⁵⁸ Rita LOBO XAVIER, "A União de Facto e a Lei Civil no Ensino de Francisco Manuel Pereira Coelho e Legislação Atual" em Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pág. 657.

⁵⁹ Rita LOBO XAVIER, "A União de Facto...", págs. 662-663.

artigo 1º/1 desta lei, referia que a mesma se aplicava à situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivessem em união de facto.

Este diploma teve, no entanto, um curto período de vigência, sendo substituído pela Lei n.º 7/2001, que veio dar relevância às uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo.⁶⁰ Esta veio regular, segundo o disposto no seu artigo 2º/2, a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos.⁶¹

Como é possível perceber, nenhuma destas leis definia união de facto e por isso Pereira Coelho continuou a adotar a mesma noção a que já aludia antes da institucionalização da figura, caracterizando-a como uma relação de vida em comum em condições análogas às dos cônjuges.⁶²

Esta definição de união de facto corresponde, em traços gerais, à que veio a ser adotada na atual redação da LUF, em 2010. No n.º dois do artigo primeiro deste mesmo diploma, surge hoje a união de facto caracterizada como, “a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos.” As consequências a retirar desta nova noção serão vistas a propósito da discussão em torno da natureza familiar da união de facto e dos deveres conjugais, pontos já referidos na introdução. Avanço apenas, que este foi mais um passo do legislador no sentido de aproximação da união de facto ao casamento, como refere Margarida Pereira.⁶³

4. FORMALIDADES

4.1. CONSTITUIÇÃO DO CASAMENTO

O casamento é antecedido por um conjunto de formalidades que integram o processo preliminar de casamento, regulado nos artigos 134º a 145º do Código de Registo Civil e 1610º a 1614º do CC. Este processo, serve para verificar a inexistência de impedimentos matrimoniais (1610º do CC), sendo que o casamento celebrado sem este procedimento é válido, mas injuntivamente celebrado no regime da separação de bens, segundo o disposto no artigo 1720º/1/a) do CC.⁶⁴

⁶⁰ Rita LOBO XAVIER, “A União de Facto...”, pág. 663.

⁶¹ Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, pág. 599.

⁶² Rita LOBO XAVIER, “A União de Facto...”, pág. 664.

⁶³ Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, pág. 599.

⁶⁴ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família...”, pág. 306 e 307.

O casamento é um contrato solene, aliás, como vimos, esta é uma das suas principais características. Além de estar sujeito a forma específica (1615º do CC),⁶⁵ no momento da sua celebração, têm também de estar reunidas um outro conjunto de formalidades,⁶⁶ que aqui não importam referir. Posteriormente, tem de se proceder ao seu registo, que é obrigatório nos casamentos referidos no artigo 1651º/1 do CC.

A ideia essencial a retirar desta breve exposição, é que o casamento é presidido de várias formalidades, por oposição à união de facto, cuja constituição é informal. Apesar de também quanto a esta existirem impedimentos, assim como dois requisitos que têm de estar preenchidos para a sua constituição e que resultam da própria definição de união de facto, dada pelo artigo 1º/2 da LUF.

De facto, quanto às formalidades para a sua constituição e até para a sua extinção, existem algumas diferenças entre as duas figuras. No entanto, é um argumento diferenciador puramente formal pois, os dois modelos de vida são iguais no plano fáctico, como se depreende desde logo, da própria noção de união de facto, que já avançámos. Pelo que, cada vez menos este tipo de argumento justifica uma diferença de tratamento entre as duas figuras, pelo menos abrupta, como ocorre no plano sucessório. Pamplona Corte-Real, refere mesmo não entender o que vislumbra o legislador de diferente entre as duas figuras para além de um ato constitutivo formal, uma vez que se trata do mesmo afeto, da mesma comunhão de vida, do mesmo partilhar e do mesmo respeito recíproco.⁶⁷

4.2. CONSTITUIÇÃO DA UNIÃO DE FACTO

A união de facto forma-se logo que os sujeitos coabitem, não sendo assim necessária uma cerimónia ou qualquer outra forma especial.⁶⁸ Passados dois anos de coabitação a união torna-se protegida, pelo que se lhe passam a aplicar as normas de proteção previstas na LUF, isto se não se verificar nenhum dos impedimentos constantes do artigo 2º desta mesma lei.⁶⁹ Na opinião de Margarida Pereira, para que estejamos perante uma união de facto têm de se verificar, desde logo, estes dois requisitos cumulativos, ou seja, o casal tem de viver em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos e não se pode verificar nenhum dos impedimentos à constituição da

⁶⁵ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Estatuto...", pág. 42.

⁶⁶ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", *idem ibidem*.

⁶⁷ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, "Relance Critico...", pág. 121.

⁶⁸ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 524.

⁶⁹ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 525.

união de facto, ou seja, só existe uma união de facto quando se verifica a existência de uma relação análoga à dos cônjuges com uma estabilidade consolidada de dois anos. Ideia que a autora retira da noção de união de facto constante da atual redação da LUF e que representa, na sua opinião, uma mudança essencial, ponto que será desenvolvido aquando da questão sobre a natureza jurídica da união de facto.⁷⁰

Segundo o artigo 2º/1 da LUF, a união “prova-se por qualquer meio de prova legalmente admissível”, sendo a junta de freguesia competente o órgão ao qual incumbe emitir a declaração comprovativa. A lei não requer outra prova que não a da residência conjunta, o que significa que dentro dos deveres pessoais que os companheiros têm de cumprir para que vivam em condições análogas às dos cônjuges, apenas a coabitação é alvo de prova.⁷¹

5. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO DE FACTO

5.1. ASPETOS GERAIS E DISSOLUÇÃO POR RUTURA DA RELAÇÃO

A união de facto dissolve-se pela mera vontade de uma das partes e em todas as restantes situações elencadas no artigo 8º/1 da LUF, sem que se exija uma intervenção estatal ou um especial formalismo tal como no momento da sua constituição,⁷² a não ser que se pretendam fazer valer direitos dependentes da sua existência, caso em que terá de ser declarada judicialmente.⁷³

O casamento dissolve-se por morte de um dos cônjuges ou por divórcio. O divórcio é decretado por um tribunal ou pelo conservador do registo civil, a requerimento de um dos cônjuges e pode ser com o consentimento de ambos ou sem o consentimento de um deles, esta classificação vem estabelecida no artigo 1773º/1 do CC.

Apesar de não bastar a mera vontade de uma das partes, como na união de facto, o divórcio está bastante facilitado desde a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008. Para Francisco Brito Pereira Coelho, isto revela uma aproximação entre as duas figuras e uma perda do carácter contratual do casamento, que cada vez menos permite uma vinculação no plano da perdurabilidade e que é assim cada vez menos um argumento diferenciador.⁷⁴ Para tal, contribui também a sua progressiva desregulação e a perda de

⁷⁰ Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, pág. 599.

⁷¹ Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, pág. 672.

⁷² Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família...”, pág. 536.

⁷³ Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, pág. 672.

⁷⁴ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, “Os Factos...”, pág. 91 e 93.

juridicidade dos deveres conjugais, ponto que veremos mais à frente. Devo acrescentar, que esta facilidade de cessação do vínculo conjugal em muito contrasta com os efeitos sucessórios que são conferidos ao cônjuge sobrevivente.

Uma das alterações preconizadas por esta lei, que mais veio facilitar a cessação do casamento foi, no caso do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, deixar de ser obrigatório que o seu fundamento derive de uma condição pessoal do outro cônjuge. Atualmente, basta que se verifique a rutura da vida em comum (1781.º alínea d) do CC), que pode ser provada por qualquer facto, é o chamado divórcio constatação da rutura.⁷⁵

No entanto, há que ter em conta que, apesar desta possibilidade vir facilitar o divórcio, os factos invocados devem mostrar a rutura definitiva do casamento e por isso têm de atingir certo patamar de gravidade.⁷⁶ Embora, deixando esta margem de liberdade nas mãos do julgador, se corra sempre o risco de banalização da norma, o que pode fazer com que a sociedade veja cada vez mais o casamento como algo quase transitório. Esta cláusula geral (1781º alínea d) do CC) pode, se utilizada sem critério, servir como caminho para o divórcio simplesmente a pedido.⁷⁷

Julgo, no entanto, que poderá ser esta a tendência de evolução do divórcio sem consentimento numa futura alteração legislativa, uma vez que a reforma de 2008 já teve por base a liberdade dos cônjuges e que já nesta altura o BE fez esta sugestão.⁷⁸ Como refere Pamplona Corte-Real, a recondução da vida deve ser um valor colocado acima da perdurabilidade forçada⁷⁹ e a tutela da liberdade e da personalidade convivencial levam à perda de fiabilidade do vínculo matrimonial.⁸⁰ Se esta situação se vier a concretizar, união de facto e casamento ficarão ainda mais próximos no que à dissolução por rutura da relação diz respeito. Além do alargamento dos fundamentos do divórcio litigioso, com a já referida alínea d), também os prazos que se têm de verificar nas alíneas a), b) e c) do artigo 1781º do CC, que contemplam as outras causas de fundamentação desta modalidade de divórcio, diminuíram em 2008, sendo que a tendência para encurtar estes

⁷⁵ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 721.

⁷⁶ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", págs. 733, 734 e 735.

⁷⁷ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 737 e GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova Lei do divórcio" em «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2010, pág. 15, consultado em 15 de Novembro de 2018. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/>

⁷⁸ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 85.

⁷⁹ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 84.

⁸⁰ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 85.

prazos já se verifica desde 1910.⁸¹ Além disso, nos casos da alínea d), pode não ter de se esperar que decorra prazo algum, pois um facto pode ser tão grave que demonstre logo a rutura definitiva da relação.⁸²

O divórcio por mútuo consentimento está também hoje mais facilitado, por vários motivos.⁸³ A tentativa de conciliação, só se encontra agora prevista para o divórcio sem consentimento (1779º/1 do CC).⁸⁴ Quanto ao período de reflexão, este deixou de ser exigido também nesta modalidade de divórcio.⁸⁵ Além disto, os acordos complementares entre os cônjuges, eram na lei anterior, um requisito de deferimento do pedido de divórcio, enquanto na presente lei são apenas um requisito de competência das conservatórias de registo civil. Assim, quando os cônjuges estiverem em acordo sobre o divórcio, mas não acerca de alguns pontos, o processo entra no tribunal. Como já se referiu, o regime de 2008 segue de facto uma tendência de respeito pela liberdade dos cônjuges e por isso, o facto de estes acordos serem importantes, não se deve confundir com a questão central de os cônjuges quererem ou não continuar casados⁸⁶ e se não querem, a lei facilita o divórcio.

A dissolução matrimonial parece assim ter cada vez menos importância para o legislador, o que leva a que a própria sociedade veja o casamento como algo banal, pouco vinculativo e quase transitório, aproximando as conceções que tem de casamento e união de facto, que começa a ter quase como figuras equivalentes. Como sabemos, a união extingue-se por livre e simples vontade de um dos companheiros⁸⁷ e agora o casamento também pode cessar assim que terminou no plano dos factos. As únicas diferenças, são o facto de no casamento ser necessário fazer prova desta situação (1781º do CC), enquanto que na união de facto bastará o afastamento unilateral. E o facto de o casamento poder subsistir, independentemente da efetiva comunhão, por se tratar de um vínculo formal. Embora neste caso, exista a figura de separação de facto, que tem um regime específico. Tudo isto, é uma diferença mínima entre as duas figuras,⁸⁸ completamente contrastante com a diferença de efeitos jurídicos entre ambas, nomeadamente no plano sucessório.

⁸¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova...", pág. 13, consultado em 3 de Dezembro de 2018.

⁸² GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova...", pág. 15, consultado em 3 de Dezembro de 2018.

⁸³ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", págs. 90 e 91.

⁸⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova...", pág. 6, consultado em 3 de Dezembro de 2018.

⁸⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova...", pág. 7, consultado em 3 de Dezembro de 2018.

⁸⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova...", pág. 11, consultado em 3 de Dezembro de 2018.

⁸⁷ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 85.

⁸⁸ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", págs. 91 e 92.

5.2. DISSOLUÇÃO POR MORTE

Nesta sede, analisarei os efeitos da dissolução por morte do casamento e da união de facto, o que é indispensável para que se possa perceber a discrepância de regimes existente neste ponto e que se tem vindo a salientar.

5.2.1. EFEITOS DA DISSOLUÇÃO POR MORTE NO CASAMENTO

A morte de um dos cônjuges acarreta a cessação da maioria dos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento, para o futuro (1688º do CC).⁸⁹ Como referi na Introdução, o cônjuge sobrevivente tem um estatuto bastante favorável e é inclusive beneficiado em relação aos restantes herdeiros, mas nem sempre assim foi. Pelo que, antes de demonstrar esta situação em concreto, à luz do atual Código Civil, vou fazer uma breve incursão histórica pelos direitos sucessórios do cônjuge, para que possamos perceber o porquê de este ser atualmente tão protegido e em que ideias essa proteção assentou. Apesar das mesmas estarem hoje ultrapassadas, como têm vindo a referir vários autores.⁹⁰

5.2.1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No Direito Romano, vigorava inicialmente uma absoluta liberdade de disposição *mortis causa*.⁹¹ Mas esta situação, rapidamente se alterou por não acautelar os interesses dos parentes próximos do *de cujus*, dado que a instituição de herdeiros no testamento afastava a sucessão legal e estes eram instituídos na totalidade da herança, bastando para isso que o testamento fosse válido.⁹² Desde aí, a preocupação com a proteção da família nuclear, é patente nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, desde logo em Portugal, com a injuntiva sucessão legitimária. Hoje, vários autores,⁹³ referem precisamente que a sucessão necessária é demasiado rígida e que deveria mesmo haver maior liberdade de disposição *mortis causa*, ou seja, estamos perante uma situação inversa à que existia no Direito Romano nesta primeira fase.

⁸⁹ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 493.

⁹⁰ Por exemplo, Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Estatuto...", págs. 51, 52 e 53 e Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", págs. 103, 104 e 105.

⁹¹ Ana Cristina Ferreira DE SOUSA LEAL, "A Legítima do Cônjuge sobrevivente, Estudo Comparado Hispano-Português", Almedina, Coleção Teses, 2004, pág. 32.

⁹² Ana Cristina Ferreira DE SOUSA LEAL, "A Legítima...", pág. 32.

⁹³ Por exemplo, Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito das Sucessões...", pág. 372.

Para combater esta situação, o testamento que injustificadamente pouco ou nada deixasse aos parentes mais próximos, dizia-se inoficioso e era inválido, com base numa presunção de insanidade mental do testador. Inicialmente, não se encontravam fixados quais os parentes que tinham direito à legítima, ou seja, quem é que podia interpor a ação para declarar a nulidade de um testamento nestes termos, nem qual seria a quota a que teriam direito estes herdeiros. Posteriormente, estes aspetos foram fixados, sendo que tinham este direito os descendentes, ascendentes e irmãos consanguíneos,⁹⁴ o que demonstra que a importância era dada apenas aos laços de sangue,⁹⁵ ficando o cônjuge excluído. Esta ideia, foi seguida no Código civil português de 1867 e de 1966 na sua versão originária, situação que só viria a ser alterada com a reforma de 1977.

A) Código de Seabra (1867)

No Código Civil de Seabra, o cônjuge era apenas herdeiro legítimo e à sua frente apareciam como sucessores os descendentes, ascendentes e os colaterais até ao sexto grau. Apesar desta situação, o legislador conferia ao membro sobrevivente do casal o direito ao usufruto de toda ou de metade da herança, em algumas situações. No entanto, este usufruto era um legado legítimo, pelo que podia ser afastado. O cônjuge beneficiava ainda, do facto de o regime da comunhão geral ser o regime de bens supletivo, o que lhe garantia sempre a sua meação nos bens comuns do casal. E se o regime de bens não assegurasse a sua sobrevivência, este tinha direito a ser alimentado pelos descendentes, que seriam normalmente herdeiros, ou pelos rendimentos dos bens da herança, o chamado direito de apanágio⁹⁶, ainda hoje vigente.

Por tudo isto, José França Pitão, refere que ao contrário do que possa parecer, o legislador de 1867 não deu prevalência à consanguinidade, mas sim aos laços conjugais, dado o regime de bens supletivo que instituiu.⁹⁷ Na minha opinião, os laços conjugais não eram prevaletentes, dado que o regime da comunhão geral era apenas supletivo. Se fosse instituído um outro regime, por exemplo o da separação de bens, o cônjuge dificilmente receberia parte dos bens próprios do *de cujus* e ficaria numa posição bastante desprotegida. O que estas opções na realidade demonstram, é que o legislador via a

⁹⁴ Ana Cristina Ferreira DE SOUSA LEAL, "A Legítima...", pág. 33.

⁹⁵ José António de FRANÇA PITÃO, "A Posição do Cônjuge Sobrevivente no Atual Direito Sucessório Português", Almedina, 4ª edição, 2005, pág. 15.

⁹⁶ José António de FRANÇA PITÃO, "A Posição...", pág. 16.

⁹⁷ José António de FRANÇA PITÃO, "A Posição...", pág. 17.

essência do casamento como uma união patrimonial durante a sua vigência, mas quando este se dissolvia por morte de um dos cônjuges, os bens próprios deste e a sua meação nos bens comuns do casal deveriam permanecer na sua família, dando prevalência aos laços de sangue no que ao Direito Sucessório diz respeito.

B) Código de 1966 (versão originária)

Na versão originária do Código Civil de 1966, o cônjuge aparecia também como herdeiro legítimo, na quarta classe de sucessíveis, ou seja, na falta de descendentes, ascendentes e irmãos.⁹⁸ Este podia apenas suceder no usufruto vitalício da herança, caso fossem chamados à sucessão os irmãos do *de cujus*⁹⁹ e manteve-se o direito de apanágio¹⁰⁰. Pelo que, se pode concluir, que relativamente ao estatuto sucessório do cônjuge, este se manteve substancialmente idêntico, prevalecendo a consanguinidade no momento da morte. A situação global do cônjuge apenas piorou, porque o regime de bens supletivo passou a ser a comunhão de adquiridos,¹⁰¹ ao invés da comunhão geral de bens.

5.2.1.2. A REFORMA DE 1977 E O ATUAL ESTATUTO DO CÔNJUGE SOBREVIVO

Só com a reforma de 1977 é que esta situação mudou, passaram a prevalecer os laços afetivo-familiares e a proteção da família nuclear,¹⁰² o cônjuge foi equiparado aos descendentes e inclusive beneficiado em relação a estes. Como já é hábito, as reformas provocam mudanças abruptas de paradigma.

O cônjuge sobrevivente continua a ser herdeiro legítimo, mas integra hoje a primeira classe de sucessíveis ao lado dos descendentes (2133º/1/a do CC) e a segunda classe ao lado dos ascendentes se o *de cujus* não deixar descendentes, nos termos dos artigos 2133º/1/b) e 2133º/2 do CC. Será chamado à totalidade da herança se não houverem descendentes ou ascendentes (2144º do CC).¹⁰³

Sucedendo com os ascendentes, ao cônjuge pertencerão dois terços da herança, segundo o artigo 2142º/1 do CC, e aos ascendentes apenas um terço. Sucedendo com os

⁹⁸ José António de FRANÇA PITÃO, "A Posição...", pág. 19.

⁹⁹ José António de FRANÇA PITÃO, "A Posição...", pág. 20.

¹⁰⁰ José António de FRANÇA PITÃO, "A Posição...", pág. 21.

¹⁰¹ José António de FRANÇA PITÃO, "A Posição...", pág. 26.

¹⁰² Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, "A Não Sujeição do Cônjuge à Colação no Direito Sucessório Português. Outros Considerandos Críticos sobre a Vocação Sucessória do Cônjuge e do Companheiro" em Temas Controvertidos de Direito das Sucessões, O Cônjuge e o Companheiro, Lisboa, aafdl, 2015, pág. 199.

¹⁰³ José António de FRANÇA PITÃO, "A Posição...", pág. 32.

descendentes, a divisão da herança será, em princípio, feita por cabeça. Mas visto que a quota do cônjuge não pode ser inferior a um quarto da herança (2139º/1 do CC), se este concorrer à sucessão com mais de três filhos, será beneficiado em relação aos mesmos. Trata-se de uma discriminação quantitativa quanto à quota do cônjuge e dos filhos, quando em concurso nestes termos.¹⁰⁴ Estas duas situações, consubstanciam exceções à regra da divisão por cabeça que se encontra fixada no artigo 2136º do CC, em benefício do cônjuge. Por isso se diz, que este é hoje um herdeiro privilegiado¹⁰⁵ em relação aos restantes, até porque, como veremos já em seguida, estas mesmas regras se aplicam também em sede de sucessão legítima.

Além de tudo isto e como acabei de referir, o cônjuge sobrevivente passou a ser herdeiro legítimo (2157º do CC), pelo que será sempre chamado à sucessão, independentemente da vontade do *de cujus* (2156º do CC), com todos os direitos que são inerentes a esta situação e nos termos das regras previstas para a sucessão legítima, por via do artigo 2157º do CC e às quais já fiz referência.

Se for o único herdeiro legítimo, a sua legítima é de metade da herança, como dispõe o artigo 2158º do CC.¹⁰⁶ Já se concorrer com os descendentes, a legítima é de dois terços da herança (2159º/1 do CC),¹⁰⁷ sendo a divisão da mesma feita de acordo com as regras estabelecidas no artigo 2139º do CC, para a sucessão legítima. Quando em concurso com os ascendentes, a legítima é também de dois terços da herança (2161º/1 do CC),¹⁰⁸ sendo a divisão feita de acordo com o estabelecido no artigo 2142º do CC, também previsto em sede de sucessão legítima.

O cônjuge sobrevivente passou ainda a ter o direito preferencial a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada de família e de uso do respetivo recheio, segundo os artigos 2103º-A, 2103º-B e 2103º-C, todos do CC. Este é um caso de nomeação de legatário *ex vi legis*, dado que o cônjuge sobrevivente é encabeçado em bens determinados por força da lei, apesar de este direito não se estender à propriedade dos mesmos. Este direito de preferência, está sujeito a duas regras especiais, em primeiro lugar, o valor recebido pelo cônjuge é imputado na sua parte sucessória e meação se a

¹⁰⁴ Rita LOBO XAVIER, “Para quando...”, pág. 599.

¹⁰⁵ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Estatuto...”, pág. 49 e Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, “A Não Sujeição...”, págs. 199 e 200.

¹⁰⁶ José António de FRANÇA PITÃO, “A Posição...”, pág. 37.

¹⁰⁷ José António de FRANÇA PITÃO, “A Posição...”, pág. 37.

¹⁰⁸ José António de FRANÇA PITÃO, “A Posição...”, pág. 37.

houver (2103º/A/1 do CC), podendo este ficar a dever tornas aos co-herdeiros e em segundo lugar, caduca se o cônjuge não habitar a casa durante mais de um ano.¹⁰⁹

O legislador pretendeu, mais uma vez, com estas atribuições preferenciais, proteger o cônjuge sobrevivente, atribuindo-lhe estes direitos relativamente a bens que tinham uma ligação afetiva com a vida conjugal.¹¹⁰

A acrescentar aos direitos *supra* referidos, o cônjuge sobrevivente tem ainda o direito à transmissão por morte da posição de arrendatário habitacional que pertencia ao *de cujus*, se no momento da morte residisse no locado, independentemente de estar ou não separado de pessoas e bens ou de facto, segundo os artigos 1106º/1/a) do CC e 57º/1/a) da NRAU.¹¹¹

Além disso, o cônjuge sobrevivente tem ainda direito a uma indemnização por danos não patrimoniais, nos termos do artigo 496º/2 do CC.¹¹²

A acrescentar aos direitos que o cônjuge ganhou com a reforma e que acabei de enunciar, algumas das soluções anteriores a esta e que só se justificavam na medida em que o cônjuge sobrevivente não era herdeiro legitimário e aparecia apenas na quarta classe de sucessíveis, não se alteraram. Falo essencialmente, da dispensa de colação e do facto de os pactos sucessórios apenas serem possíveis nas convenções antenupciais.

As doações feitas em vida entre cônjuges, eram uma forma de salvaguardar as suas posições no momento da morte de um dos membros do casal. Isto porque, antes da reforma, o cônjuge dificilmente seria chamado à sucessão. Além disso, o facto de este não ser naquela época herdeiro legitimário, permitia concluir, que as doações que lhe eram feitas em vida não eram uma antecipação da legítima e, por isso, fazia sentido que o cônjuge estivesse dispensado de colação. Constando hoje, do elenco dos herdeiros legitimários, esta diferenciação relativamente aos descendentes deixou de fazer sentido (2104º/1 do CC).

Esta opção legislativa, tem por isso sido bastante criticada pela doutrina,¹¹³ que tem proposto diferentes alterações, mas que aqui não nos importam esmiuçar, bastando-nos a ideia de benefício do cônjuge sobrevivente. Esta situação deve-se sobretudo, como é

¹⁰⁹ José António de FRANÇA PITÃO, "A Posição...", pág. 53.

¹¹⁰ José António de FRANÇA PITÃO, "A Posição...", pág. 58.

¹¹¹ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 494.

¹¹² Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", *idem ibidem*.

¹¹³ Por exemplo, José António de FRANÇA PITÃO, "A posição...", pág. 67 e Rita LOBO XAVIER, "Para quando...", pág. 599.

possível concluir e como referi desde logo na Introdução, ao imobilismo do Direito Sucessório.

Quanto aos pactos sucessórios (2028º e 1755º/2 do CC), a questão é fundamentalmente a mesma. Não se justifica que estes estejam, nos dias de hoje, apenas destinados aos cônjuges, visto que estes são herdeiros legitimários e aparecem na primeira classe de sucessíveis, pois as doações por morte serviam também para salvaguardar a posição do cônjuge sobrevivente, que dificilmente era chamado à sucessão. Por outro lado, as doações de terceiros para casamento, perderam importância e apenas se justificavam num quadro social em que o casamento durava toda a vida. São os próprios dados estatísticos a confirmar que as doações *mortis causa* têm hoje uma expressão social muito diminuta,¹¹⁴ acredito que isto aconteça por só serem permitidas nestes termos.

É também importante ter em conta, que o regime de bens pode tornar o cônjuge ainda mais beneficiado no momento da dissolução do casamento por morte. Não esquecendo que hoje o regime supletivo é hoje o da comunhão de adquiridos (1717º do CC) e partindo deste pressuposto, o cônjuge será meeiro dos bens comuns do casal e herdeiro da meação e dos bens próprios do falecido. Jorge Duarte Pinheiro, aponta este problema e refere que deveria haver, relativamente a este aspeto, uma articulação entre o Direito da Família e o Direito Sucessório, para que o cônjuge não fosse “duplamente beneficiado” nestes casos.¹¹⁵

Por tudo isto, conseguimos perceber que o cônjuge sobrevivente sai bastante beneficiado desta reforma e que o seu estatuto sucessório é hoje bastante diferente dos anteriores, o que resulta da perda de influência da consanguinidade e do chamado sistema familiar, pois sendo o cônjuge herdeiro legitimário, já não é possível manter os bens dentro da mesma família de sangue no momento da morte.¹¹⁶

Ainda quanto ao atual estatuto do cônjuge sobrevivente, quero apenas acrescentar que se manteve o direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido (2018º do CC), o chamado direito de apanágio, do qual o unido de facto também goza como iremos ver, embora não tenha esta denominação

¹¹⁴ DANIEL MORAIS, “A autodeterminação...”, pág. 26.

¹¹⁵ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Estatuto...”, pág. 52.

¹¹⁶ José António de FRANÇA PITÃO, “A Posição...”, pág. 38.

O cônjuge sobrevivente perderá os seus direitos, se no momento da morte estiver divorciado ou separado de pessoas e bens por decisão do conservador do registo civil (1776º/3 e 1794º do CC)¹¹⁷ ou por sentença que já tenha transitado em julgado ou que venha a transitar, ou ainda, se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente aquela data, nos termos do artigo 1785º/3 do CC, (2133º/3 do CC).¹¹⁸

As soluções adotadas pela reforma de 1977 e que acabámos de analisar, assentaram em pressupostos que hoje já não se verificam, tendo em conta o novo quadro social. Por este motivo, grande parte da doutrina, tem criticado o atual estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente, alertando para a necessidade de reforma.¹¹⁹

A exacerbada proteção do cônjuge é uma excessiva restrição aos direitos dos descendentes, dos eventuais chamados por sucessão testamentária, dos que receberam doações em vida, ao direito de disposição *mortis causa* ¹²⁰ e contribui para a discrepância de regimes entre casamento e união de facto, pelo que, não sendo hoje necessária nos moldes que acabei de referir, deverá ser reajustada à realidade atual.

Francisco Brito Pereira Coelho, refere mesmo, que o cônjuge sobrevivente não deveria ser hoje herdeiro legitimário. Isto porque o casamento é, na sua opinião, cada vez menos vinculativo e conseqüentemente mais precário, pelos motivos que já referi. Para este autor, o regime sucessório do casamento, foi pensado para o velho casamento, perpétuo e de forte carga vinculativa e não para as suas atuais características. Com este regime, o casamento acaba por ter uma vinculatividade e perpetuidade que não tem durante a sua própria vigência.¹²¹ Acrescenta ainda, que a exigência de solidariedade para com o cônjuge não justifica tão grande proteção, muito menos num grau mais elevado do que a que é dada aos próprios descendentes.¹²²

A proteção que foi dada ao cônjuge em 1977, partiu de dois pressupostos. Em primeiro lugar, do facto de na maioria das vezes o cônjuge sobrevivente ser o elemento feminino do casal, por ter uma maior esperança média de vida. E em segundo lugar, de uma ideia que hoje já não se verifica, pelo menos nos mesmos moldes e com a mesma

¹¹⁷ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Estatuto...", pág. 45.

¹¹⁸ José António de FRANÇA PITÃO, "A Posição...", pág. 32.

¹¹⁹ Rita LOBO XAVIER, "Para quando...", pág. 601.

¹²⁰ Rita LOBO XAVIER, "Para quando...", págs. 607 e 608.

¹²¹ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 104.

¹²² Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 105.

intensidade. Nesta época, a mulher tinha pouco acesso ao mercado de trabalho¹²³, além disso, abdicava muitas das vezes de ter um emprego em prole da família e auferia baixos salários quando o tinha. Já o marido, era o chefe de família e trabalhava para garantir o seu sustento. Por isso, a posição das mulheres aquando da morte do seu cônjuge tinha de estar salvaguardada.

Jorge Duarte Pinheiro, também defende que os casamentos são hoje algo quase transitório e que a facilitação do divórcio em muito veio contribuir para esta crescente desvalorização social do vínculo matrimonial. No entanto, por contraste, ao cônjuge é conferida uma posição sucessória legítima e legítima privilegiada, independentemente da duração do vínculo conjugal, do regime de bens convencionado e do seu relacionamento concreto.¹²⁴ Para o autor, é contraditório que as partes tenham escolhido o regime da separação de bens e depois o cônjuge venha suceder numa parte substancial da herança, quando isso não foi desejado. E ainda menos sentido fará que isto venha a acontecer nas situações em que o regime de separação de bens foi imposto de forma imperativa.¹²⁵

A recente permissão de os cônjuges renunciarem em vida à herança, demonstra que o legislador já se apercebeu do desfasamento entre a realidade e as soluções propostas pelo Direito Sucessório. O elevado número de segundos casamentos, conjuntamente com o atual regime sucessório, leva a uma desproteção dos descendentes, que se tenta agora combater com esta nova medida, mas que sendo opcional, não resolverá o problema na sua totalidade.

Rita Lobo Xavier refere que, hoje, a família resulta cada vez mais dos afetos e da convivência e não de um vínculo matrimonial¹²⁶ e sendo as situações de rutura cada vez mais comuns, ainda que o vínculo se mantenha, o facto de o cônjuge ser herdeiro nos moldes em que é, independentemente do relacionamento mantido em concreto, deixou de fazer sentido. Situação que o ilustra e que Jorge Duarte Pinheiro refere como sendo bastante discutível, precisamente pelo que acabámos de referir, é a circunstância de o cônjuge separado de facto há mais de um ano, ser herdeiro legítimo e legítimo do *de*

¹²³ Maria MARGARIDA PEREIRA e SOFIA HENRIQUES, " Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII" em Revista julgar, 2018, pág. 4, consultado em 23 de Março de 2019. Acessível em: www.julgar.pt

¹²⁴ Jorge DUARTE PINHEIRO, " O Estatuto...", pág. 51.

¹²⁵ Jorge DUARTE PINHEIRO, " O Estatuto...", pág. 52.

¹²⁶ Rita LOBO XAVIER, " Para quando...", pág. 608.

cujus.¹²⁷ Apenas não o será em caso de divórcio ou separação de pessoas e bens, como já vimos.¹²⁸ Por outro lado, o unido de facto sobrevivivo que poderá, no caso concreto, ser a pessoa afetivamente mais próxima do seu companheiro, não é ainda herdeiro legal deste. Pelo que se deverá caminhar, no sentido de conferir maior liberdade de disposição *mortis* causa, para que cada um possa definir a distribuição dos seus bens no momento da sua morte, de acordo com o relacionalmente efetivo que tem com cada um dos seus potenciais herdeiros.

Como referi anteriormente, o cônjuge beneficia ainda do regime de bens do casamento e sendo hoje a comunhão de adquiridos o regime supletivo, o membro sobrevivivo do casal irá receber a sua meação nos bens comuns, além da sua parte sucessória. No caso dos cônjuges casados antes de 1966, estes estão ainda mais beneficiados, pois o regime de bens supletivo era a comunhão geral, como já vimos. Dada esta situação, alguma doutrina tem criticado a falta de articulação entre o estatuto do cônjuge sobrevivivo após a reforma e os benefícios decorrentes do regime de bens.¹²⁹

Posto tudo isto, é possível concluir, que as soluções do Direito das Sucessórias estão desadequadas tendo em conta a atualidade social, pelo menos, no que ao estatuto do cônjuge sobrevivivo diz respeito. Sem prejuízo de o estarem também quanto a outros aspetos.

No entanto, contrariando um pouco esta situação, foi aprovada recentemente pelo Parlamento a Lei n.º 48/2018, que como já referi, permite aos cônjuges renunciarem antecipadamente à herança um do outro e que nas palavras de Daniel Morais é precisamente “uma pedrada no charco do imobilismo jus - sucessório”.¹³⁰

Esta renúncia deve ser feita em convenção antenupcial¹³¹ e pode ser condicionada à sobrevivência de pessoa a determinar pelos cônjuges ou de sucessíveis de qualquer classe, o que faz sentido dado o seu objetivo de proteção dos mesmos, nomeadamente dos descendentes provenientes de anteriores casamentos. Esta condição suspensiva não tem de ser recíproca, como resulta do novo artigo 1707º - A do CC, embora a renúncia tenha sempre de o ser, nos termos da atual alínea c) do artigo 1700º/1 do mesmo diploma

¹²⁷ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito das Sucessões...”, pág. 372.

¹²⁸ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Estatuto...”, pág. 52.

¹²⁹ Rita LOBO XAVIER, “Para quando...”, pág. 599.

¹³⁰ DANIEL MORAIS, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre as gerações”, em Revista de Direito Comercial, 2018, pág. 1087, consultado em 1 de Abril de 2019. Acessível em: www.revistadedireitocomercial.com

¹³¹ DANIEL MORAIS, “A relevância dos pactos sucessórios...”, pág. 1091, consultado em 1 de Abril de 2019.

legal. No entanto, Margarida Pereira e Sofia Henriques não parecem concordar com esta situação e referem que a exigência da renúncia recíproca é incoerente com o princípio da autonomia de cada um dos nubentes.¹³² Por outro lado, Daniel Moraes, refere que o princípio da igualdade entre os cônjuges exige que a renúncia seja recíproca.¹³³

Relativamente ao facto de se tratar de um renúncia à condição de herdeiro ou apenas à de herdeiro legitimário surgem ainda algumas dúvidas, uma vez que, por um lado, a redação dada pela lei ao artigo 1700º/1 alínea c) do CC vai no sentido de que é uma renúncia apenas à condição de herdeiro legitimário, mas por outro, o novo artigo 1701º-A do CC tem por epígrafe, “regime de renúncia à condição de herdeiro”. No entanto, o Conselho Superior da Magistratura, já se pronunciou no sentido de que a renúncia se deve reportar apenas à sucessão legitimária,¹³⁴ o que faz algum sentido visto que é nesta que reside a rigidez aqui criticada e que a sucessão legítima é sempre supletiva.

O artigo 1707º-A do CC, no seus n.ºs 2 e 3, refere ainda que esta renúncia não prejudica o direito a alimentos, nem às prestações sociais por morte e ao direito real de habitação da casa de morada de família e ao uso do seu recheio, ou seja, não é possível renunciar a este núcleo de direitos de cariz social de que também o unido de facto goza e que o legislador vê como indispensáveis.

Podemos então concluir, com esta alteração, que o legislador deixou de ter como ideia fundamental a indispensabilidade da proteção do cônjuge sobrevivente, permitindo que, caso o cônjuge renuncie à posição de herdeiro legitimário, fique quase em plena igualdade com o unido de facto, restando-lhe apenas os direitos referidos no parágrafo anterior, apesar de continuar a ser herdeiro legítimo do seu companheiro.

Esta possibilidade, é na minha opinião, o “pontapé de partida” para uma alteração profunda ao estatuto do cônjuge sobrevivente, adaptando o mesmo às conceções atuais da sociedade portuguesa, uma vez que se tornou opinião comum que o cônjuge sobrevivente é demasiadamente protegido em preterição da liberdade de disposição *mortis causa* e da autonomia privada dos cônjuges. Embora a preocupação que de facto esteve subjacente a estas alterações ao Código Civil, foi a necessidade de proteção dos descendentes, visto que as situações de famílias recompostas são cada vez mais comuns.¹³⁵

¹³² Maria MARGARIDA PEREIRA e SOFIA HENRIQUES, “ Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge...”, págs. 9 e 10, consultado em 1 de Abril de 2019.

¹³³ DANIEL MORAIS, “ A relevância dos pactos sucessórios...”, pág. 1093, consultado em 1 de Abril de 2019

¹³⁴ DANIEL MORAIS, “ A relevância dos pactos sucessórios...”, pág. 1099, consultado em 1 de Abril de 2019

¹³⁵ DANIEL MORAIS, “A relevância dos pactos sucessórios...”, pág. 1115, consultado em 1 de Abril de 2019.

De facto, a sociedade está em mudança e as suas necessidades são hoje muito diferentes do que eram em 1977, as situações familiares são cada vez mais diversas e diferentes entre si, pelo que o Direito das Sucessões terá de oferecer cada vez mais soluções que cada pessoa e nomeadamente, cada família em concreto, possa ajustar à sua própria realidade, o que claramente não se compatibiliza com a rigidez da sucessão legitimária que ainda hoje se sente, mas que começa lentamente a tornar-se mais flexível. No entanto, apesar da relevância inegável da presente alteração legislativa, esta não veio pôr verdadeiramente em causa os direitos do cônjuge sobrevivente, dado que é necessário que este queira prescindir dos mesmos, mas levanta pelo menos a hipótese de não lhe ser imprescindível tal proteção, que pode nesse caso ser conferida a outros herdeiros que dela necessitem.¹³⁶

Seguidamente, irei proceder à análise dos efeitos aquando da dissolução por morte da união de facto, para que possamos ter a perceção da ainda existente discrepância de regimes a este nível entre as duas figuras e para a qual já fui chamando a atenção.

5.2.2. EFEITOS DA DISSOLUÇÃO POR MORTE NA UNIÃO DE FACTO

Apesar de algumas aproximações de regime a nível sucessório, os regimes da união de facto e do casamento apresentam bastantes diferenças, que vou de seguida analisar através da observação do regime da Lei n.º 7/2001 na redação que lhe foi dada em 2010 e que vigora atualmente no ordenamento jurídico português. Sempre que for pertinente, farei referência às soluções preconizadas pela anterior redação da Lei n.º 7/2001 e pela Lei n.º 135/99, para que possamos ter uma perspetiva sobre a evolução dos efeitos sucessórios nas uniões, embora esta evolução não tenha sido tão significativa quanto esperado.

Os direitos de que o unido de facto sobrevivente goza, aquando da dissolução por morte da união de facto, são hoje e desde a lei de 1999, o direito a alimentos da herança, às prestações sociais por morte previstas na LUF e alguns direitos sobre a casa de morada de família.¹³⁷ No entanto, na atual redação da Lei n.º 7/2001, o regime destes direitos é, como vamos ver, mais protetor do membro sobrevivente da união do que na sua anterior redação e na Lei n.º 135/99. Além disso, hoje está ainda previsto o direito a uma

¹³⁶ Maria MARGARIDA PEREIRA e SOFIA HENRIQUES, "Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge...", págs. 4 e 5, consultado em 1 de Abril de 2019.

¹³⁷ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 538.

indenização por danos não patrimoniais para o membro sobrevivente da união,¹³⁸ embora não nesta lei, o que aproximou um pouco mais os efeitos jurídicos por morte nas uniões, aos do casamento. No entanto, o convivente sobrevivente ainda não é herdeiro legal do seu companheiro, o que torna estas alterações evolutivas pouco determinantes.

5.2.2.1. CASA DE MORADA DE FAMÍLIA

Como já se disse, a união de facto exige a comunhão de habitação tal como no casamento e por isso também nestes casos haverá uma casa de morada de família, onde se desenvolverá a vida familiar. Por isso, num momento de rutura ou aquando da dissolução por morte, é necessário, também nas uniões, proteger os seus membros quanto a este aspeto, tal como já vimos que acontece em sede de casamento (2103º/A do CC).

É tendo por base esta ideia, que um dos pontos mais importantes quanto aos efeitos por morte da união de facto, é precisamente a proteção da casa de morada de família. Este direito foi reconhecido ao unido de facto, pela primeira vez, na Lei n.º 135/99 e desde então esta proteção foi conferida em todas as leis que regularam esta figura, embora em moldes ligeiramente diferentes entre si. Sendo que a Lei n.º 7/2001, na sua atual redação, dá maior proteção ao companheiro sobrevivente, neste âmbito, que as anteriores. Sem prejuízo de conferir maior tutela também noutros pontos que irei analisar posteriormente.

Hoje, a proteção da casa de morada de família, vem prevista no artigo 5º da LUF e é, na minha opinião, um importante reconhecimento da necessidade de proteção do unido de facto sobrevivente, através da continuidade do lar onde partilhou uma vida em comum com o seu companheiro, ou seja, através da continuidade do seu contexto e ambiente familiar. Prova disto mesmo, é o referido artigo prever também o direito ao uso do recheio da casa (5º/1 da LUF) que era utilizado na vida familiar, algo que não estava previsto nas leis anteriores, mas que já acontecia no casamento (2103º-A a C do CC).¹³⁹ Este artigo prevê a hipótese de o imóvel ser propriedade de um, dos dois membros do casal ou de este ter sido arrendado em vida pelo *de cujus*.¹⁴⁰

¹³⁸ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", págs. 544 e 545.

¹³⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 145, consultado em 20 de Fevereiro de 2019 e Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", págs. 622 e 623.

¹⁴⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", *idem ibidem*, consultado em 23 de Fevereiro de 2019.

A) Imóvel como propriedade de ambos os membros do casal

As duas versões anteriores da LUF, não estabeleciam uma proteção para o caso de ambos os membros do casal serem proprietários do imóvel, situação esta que ficava, por isso, sujeita às regras gerais da compropriedade. Regras estas, que permitem a qualquer um dos consortes utilizar o bem, mas também ao outro reclamar um uso semelhante, nos termos do artigo 1406º do CC.¹⁴¹ Esta situação, deixava desprotegido o unido de facto que pretendesse continuar a habitar o imóvel, dado que os herdeiros do seu falecido companheiro podiam querer utilizá-lo também. Para resolver esta questão, a Lei n.º 7/2001 na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 23/2010, veio reconhecer um direito de uso exclusivo ao unido de facto, no seu artigo 5º/3, durante os prazos estabelecidos nos seus n.ºs 1 e 2.¹⁴² Após a cessação do direito de uso e habitação, que onerava a quota do falecido, o seu herdeiro ou herdeiros mantém a sua posição de comproprietários do imóvel e do recheio, se for o caso, que na verdade nunca perderam.¹⁴³

B) Imóvel como propriedade exclusiva do companheiro falecido

Em caso de decesso do membro da união que era proprietário da casa de morada de família, a titularidade desse direito segue as regras da sucessão por morte, como já seria expectável. Todavia, ao membro sobrevivente da união, é reconhecido o direito de permanecer na casa como titular de um direito de habitação e de uso do respetivo recheio (5º/1 da LUF).¹⁴⁴

Estamos perante dois direitos reais menores, visto que pressupõem um direito real mais extenso, em princípio, os herdeiros do falecido serão proprietários dos bens a que estes direitos dizem respeito.¹⁴⁵ Mais precisamente, estamos aqui perante direitos reais de uso e habitação, aos quais se aplicam as regras dos artigos 1484º e seguintes do CC.

A Lei n.º 135/99 e a Lei n.º 7/2001 na sua redação originária, reconheciam estes direitos durante 5 anos, contados a partir da morte do proprietário.¹⁴⁶ E como quem pode o mais pode o menos, se era possível excluir estes direitos por disposição testamentária,

¹⁴¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", *idem ibidem*, consultado em 23 de Fevereiro de 2019.

¹⁴² GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 146, consultado em 23 de Fevereiro de 2019.

¹⁴³ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 541.

¹⁴⁴ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. 620.

¹⁴⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 318.

¹⁴⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 314.

como iremos ver, também o seu período de vigência podia ser limitado. Hoje, este prazo mantém-se (5º/1 da LUF), mas como intervalo temporal mínimo. Se a união tiver durado mais que isto, os direitos serão conferidos pelo mesmo prazo que durou a união (5º/2 da LUF).¹⁴⁷ É ainda reconhecida uma prorrogação destes prazos em certas situações (5º/4 da LUF),¹⁴⁸ que devem ser vistas casuisticamente, por ponderação judicial, à luz de juízos de equidade, tendo por base motivos de carácter humanitário e situações de dedicação pessoal.¹⁴⁹ Esta última hipótese, deriva precisamente de a união de facto ser uma comunhão existencial de vida tal como o casamento, onde existe também cooperação e consagra um princípio de valoração do relacionamento existente,¹⁵⁰ que, na minha opinião, se deveria estender ao Direito Sucessório em geral.

Apesar de em sede de matrimónio, estes direitos serem tendencialmente vitalícios, salvo nos casos do artigo 2103º-A/2 do CC,¹⁵¹ estas alterações acabam por ser um aumento de proteção do unido de facto e uma aproximação ao regime do casamento, pois a união pode ter durado largos anos, o que fará com que o membro sobrevivente goze destes direitos enquanto for vivo.

A acrescentar a esta aproximação, temos ainda o regime do novo artigo 1707º-A do CC, aprovado pela Lei n.º 48/2018. Este artigo vem estabelecer que nos casos em que haja renúncia à condição de herdeiro (legitimário) por parte dos cônjuges, o direito de permanecer na casa de morada de família, propriedade do cônjuge falecido, também tem o prazo de apenas 5 anos, podendo igualmente ser prorrogado. Na verdade, este artigo, replica todo o regime previsto na LUF relativamente a este direito, com exceção da situação prevista no seu n.º 10, que dispõe que nos casos em que o cônjuge sobrevivente tenha mais de 65 anos de idade à data da abertura da sucessão, o direito de habitação passa a ser vitalício.

Apesar da maior proteção conferida ao unido de facto sobrevivente, a versão atual da LUF, veio dar relevo ao não uso do imóvel durante um ano, determinando a caducidade dos direitos nesta hipótese (5º/5 da LUF),¹⁵² tal como no casamento, o único caso em que estes direitos não serão vitalícios em sede de matrimónio, a par da situação exposta no

¹⁴⁷ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", *idem ibidem*.

¹⁴⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 145, consultado em 23 de Fevereiro de 2019.

¹⁴⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 324.

¹⁵⁰ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", págs. 620 e 621

¹⁵¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 317.

¹⁵² GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 146, consultado em 3 de Março de 2019 e Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. 621.

parágrafo anterior (1707º-A/5 do CC). No caso da união de facto, é também facto extintivo dos direitos, o companheiro sobrevivente adquirir casa própria durante este período de tempo (5º/6 da LUF).¹⁵³

Findo o prazo em que o membro sobrevivente tem os direitos *supra* referidos, a versão atual da LUF, confere ainda um direito de arrendamento nos termos gerais de mercado, salvo se estiverem reunidas as condições em que o senhorio pode denunciar um contrato de arrendamento.¹⁵⁴ Podendo continuar a residir no imóvel até à celebração desse contrato (5º/7 da LUF), caso em que já não será usuário morador nem ainda arrendatário.¹⁵⁵ As condições gerais de mercado partem das negociações das partes, mas na ausência de acordo pode haver a intervenção de um juiz (5º/8 da LUF).¹⁵⁶ A doutrina tem entendido, que este direito de arrendamento não engloba o recheio da casa, a não ser que as partes assim o entendam, ao abrigo da autonomia privada.¹⁵⁷

A Lei n.º 135/99, previa uma preferência no arrendamento se o proprietário optasse por arrendar o imóvel, findo o prazo do direito de habitação.¹⁵⁸ Ao contrário da Lei n.º 7/2001 na sua redação originária, que não previa nenhuma destas possibilidades, o que foi na altura criticado por José França Pitão. Dizia este autor, que atentas as ligações entre o seu falecido proprietário e o membro sobrevivente, fazia sentido que também este tivesse preferência num caso de arrendamento.¹⁵⁹ É importante reter, que na atual redação da LUF, não se trata apenas de um direito de preferência relativamente a um eventual contrato com um terceiro. A celebração do contrato de arrendamento é imposta ao proprietário do imóvel e este está vinculado à sua celebração, a menos que estejam então cumpridas as condições a que fiz referência e que vêm referidas no artigo 1101º do CC.¹⁶⁰

Uma das questões que se tem colocado quanto a este aspeto, é o que é que acontece a este direito de arrendamento, se antes da celebração do contrato, o imóvel for vendido

¹⁵³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 325.

¹⁵⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", *idem ibidem*, consultado em 3 de Março de 2019; Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 541 e Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", *idem ibidem*.

¹⁵⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 327 e 328 e Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", *idem ibidem*.

¹⁵⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 327 e Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família", *idem ibidem*.

¹⁵⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 328.

¹⁵⁸ José António de FRANÇA PITÃO, "União de Facto e Economia Comum", Almedina, 2ª edição, 2006, pág. 249.

¹⁵⁹ José António de FRANÇA PITÃO, "União...", págs. 249-250.

¹⁶⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 325 e 326.

a um terceiro e o direito de habitação já se tiver extinguido, caso em que o membro sobrevivente não é ainda arrendatário, nem já usuário do imóvel. Se o direito de habitação não se tivesse extinguido e sendo um direito real, seguia a coisa. Se por outro lado, quando o imóvel fosse vendido, o contrato de arrendamento já tivesse sido celebrado a questão também não se levantaria, pois, o arrendamento transmitir-se-ia para o novo proprietário, como decorre da normal solução do artigo 1057º do CC.¹⁶¹

Entendeu Rute Teixeira Pedro, que neste caso, o direito tendente à aquisição da posição de arrendatário, deve também acompanhar o bem. Isto porque, apesar de não haver sequela por este não ser um direito real, mas sim um direito pessoal de gozo como tem entendido a doutrina, o terceiro adquirente conhece os direitos do unido de facto por força da publicidade do registo predial do direito real de habitação que antecede aos deveres previstos no artigo 5º/7 da LUF, (2º/1/a do CRPr). Além disso, não é possível encontrar nos elementos interpretativos da norma constante deste artigo, apoio para que se faça uma interpretação restritiva da mesma, no sentido de esta só se aplicar aos adquirentes do imóvel por via sucessória.¹⁶²

Em caso de alienação do imóvel por ato oneroso, independentemente do título, o unido de facto tem direito de preferência na sua aquisição, durante todo o tempo em que tenha o direito de o habitar. Seja como titular de um direito de habitação, como arrendatário, mesmo que o contrato de arrendamento dure à menos de 2 anos, não se aplicando aqui a regra geral do artigo 1091º/1 do CC,¹⁶³ ou enquanto espera a celebração desse contrato de arrendamento (5º/9 da LUF).¹⁶⁴ Na anterior redação da Lei n.º 7/2001 e na Lei n.º 135/99, também estava previsto este direito de preferência, mas apenas durante o prazo de 5 anos.¹⁶⁵ Relativamente a esta situação, tem a doutrina também entendido, que só está abrangida a componente imobiliária e não os bens móveis que compõem o seu recheio.¹⁶⁶

Já vimos vários aspetos em que a redação atual da Lei da União de Facto veio reforçar este direito de habitação da casa de morada de família em caso de morte de um dos membros do casal e aproximá-lo do que existe no casamento. No entanto, julgo que

¹⁶¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", págs. 329 e 330.

¹⁶² RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", págs. 330 e 331.

¹⁶³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 333.

¹⁶⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 146, consultado em 3 de Março de 2019.

¹⁶⁵ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 100.

¹⁶⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 332.

além destes aspetos, há dois pontos essenciais que nas versões anteriores enfraqueciam duplamente esta proteção¹⁶⁷, mas que na atual redação da LUF desapareceram.

Em primeiro lugar, esta redação veio dar prioridade ao unido de facto em relação aos descendentes, tal como no casamento, ao contrário das versões anteriores que tornavam a sua posição precária.¹⁶⁸ Embora obviamente apenas quanto a este aspeto, pois os descendentes são ainda herdeiros legítimos e legitimários do convivente falecido e vão, em princípio, receber o direito de propriedade sobre estes bens, ao contrário do unido de facto sobrevivente que como já vimos não é herdeiro legal.

Na anterior redação da Lei n.º 7/2001, dispunha o artigo 4º/2, que o unido de facto não teria o direito de habitação do imóvel se ao *de cujus* sobrevivessem descendentes com menos de um ano ou que com ele convivessem há mais de um ano e pretendessem habitar a casa. Quanto à Lei n.º 135/99 esta ia no mesmo sentido, mas aqui no caso de sobreviverem descendentes ou ascendentes, que com o falecido vivessem há pelo menos um ano e pretendessem continuar a habitar a casa.¹⁶⁹

Em nenhuma destas hipóteses o legislador disse se os descendentes a que estes artigos se referiam seriam comuns aos membros do casal, apenas do falecido da união de facto ou se das duas categorias indistintamente. Mas de facto, esta hipótese só faria sentido se fossem filhos apenas do *de cujus*, pois sendo comuns e menores ficariam à guarda do membro sobrevivente do casal.¹⁷⁰ Se fossem maiores, mesmo que vivessem com os progenitores há mais de um ano, não se justificava que os seus interesses prevalecessem sobre os do companheiro que sobreviveu.¹⁷¹

Mas a situação acaba por não ser tão distinta se forem filhos apenas do membro falecido da união. Se não vejamos, se habitarem a casa e forem maiores valerá o mesmo argumento. Já se forem menores, a solução também não faria sentido visto que, ou o *de cujus* era o único progenitor vivo e aí as responsabilidades parentais passarão, em princípio, para o companheiro sobrevivente, pois é com quem o menor tem um relacionamento mais próximo ao que se tem com um ascendente natural, até pela partilha de uma vida em comum num ambiente familiar. Ou não sendo o único progenitor, as responsabilidades parentais serão entregues ao progenitor sobrevivente e o menor irá

¹⁶⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 314.

¹⁶⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 146, consultado em 10 de Março de 2019.

¹⁶⁹ José António de FRANÇA PITÃO, "Unões...", pág. 250.

¹⁷⁰ José António de FRANÇA PITÃO, "Unões...", pág. 251.

¹⁷¹ José António de FRANÇA PITÃO, "Unões...", pág. 252.

habitar com este.¹⁷² Pelo que esta solução não fazia sentido e foi, a meu ver, corretamente retirada da atual redação da LUF.

O segundo aspeto tem a ver com o facto de as duas versões anteriores, permitirem que esta proteção sobre a casa de morada de família fosse afastada por disposição testamentária,¹⁷³ o direito era assim encarado como um legado legitimo pela maioria da doutrina.¹⁷⁴

Atualmente, o legislador, considera a proteção da casa de morada de família um núcleo irreduzível da proteção conferida ao unido de facto e por isso não permite que este direito seja afastado.¹⁷⁵ Prevalece para o legislador, a tutela da continuidade do ambiente familiar, pelo que a norma que confere estes direitos ao unido de facto sobrevivivo é agora imperativa. Esta situação gera alguma controvérsia, precisamente por causa da problemática subjacente ao regime da união de facto. Até que ponto não será esta norma violadora dos direitos dos unidos de facto, que não quiseram o regime imperativo do casamento? Fica aqui a questão em aberto para ser discutida mais à frente.

O companheiro sobrevivivo é então visto como legatário, pois sucede num direito certo e determinado sobre bens também eles certos e determinados, ainda que no caso do recheio da casa os bens não estejam especificados. É ainda um legatário legal, pois o título em que assenta o seu chamamento é a lei,¹⁷⁶ tal como o cônjuge sobrevivivo relativamente a este aspeto, embora quanto a este não haja uma vocação autónoma, como já tivemos oportunidade de ver.

No entanto, ao contrário do que acontecia nas versões anteriores, o convivente sobrevivivo não é hoje um legatário legitimo, visto que já não é possível afastar este legado por vontade do *de cujus* e a sucessão legitima se caracteriza precisamente pela possibilidade de ser afastada (2027º do CC).¹⁷⁷ Surge então a pergunta sobre que tipo de legado será este.

Nas palavras de Rute Teixeira Pedro, apesar de não estarmos perante um legado legitimo, também não estamos perante uma espécie de sucessão legitimária. Refere a autora que, apesar de se tratar de uma sucessão forçada, porque o chamamento, tal como

¹⁷² José António de FRANÇA PITÃO, "Unões...", págs. 253-254.

¹⁷³ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 146, consultado em 3 de Março de 2019.

¹⁷⁴ José António de FRANÇA PITÃO, "Unões...", pág. 257 e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", *idem ibidem*, consultado em 3 de Março de 2019.

¹⁷⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", págs. 146-147, consultado em 3 de Março de 2019.

¹⁷⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 340.

¹⁷⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 341.

na sucessão legitimária, se funda em normas imperativas, a verdade é que o unido de facto apenas receberá estes direitos se os bens sobre os quais incidem, vierem a integrar o respetivo património hereditário. Ou seja, não há uma indisponibilidade relativamente a estes bens. O unido de facto não beneficia por isso, da tutela às vezes ainda em vida do autor da sucessão, de que beneficiam os sucessíveis legítimos, pelo que a sua expectativa juridicamente fundada merece uma proteção bastante mais frágil da que é dada a estes. O proprietário da casa de morada de família e dos bens móveis, pode dispor deles livremente em vida, sem que o companheiro possa reagir contra estes atos e neste caso os bens não integrarão a herança, inviabilizando-se a aplicação do regime do artigo 5º/1 da LUF.¹⁷⁸

O que o autor da sucessão não pode fazer, é afastar esta norma por testamento e por isso, se este dispuser da casa de morada de família e do seu recheio por testamento a favor de outrem, os bens transmitem-se onerados com os direitos reais menores que tenho vindo a referir e de que o membro sobrevivente do casal é titular, tal como se a propriedade sobre estes bens se transmitir por sucessão legítima ou legítima.¹⁷⁹ Rute Teixeira Pedro, fala assim numa vocação sucessória legal *sui generis*, pois que não estamos perante um legado legítimo nem legítimo.¹⁸⁰

Independentemente da designação que se queira dar a este legado, estaremos sempre perante uma sucessão anómala pois, como tivemos oportunidade de observar, as características da sucessão legítima não se encontram todas preenchidas.

Sendo então um legatário, é um sucessível *mortis causa* do falecido, quanto este aspeto. Isto porque a morte do unido de facto é uma das causas da aplicação do regime do artigo 5º da LUF, ainda que tenha de preexistir uma relação de união de facto,¹⁸¹ pressuposto legal desta sucessão anómala.

Além disso, não é entrave a esta designação, o facto de não haver uma translação de direitos, mas sim uma constituição, dado que este direito de uso e habitação não existia anteriormente na esfera do *de cuius*.¹⁸² Galvão Telles, interpreta o requisito da identidade do direito transmitido, no sentido de que o direito recebido pelo sucessível pode ser

¹⁷⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", págs. 343 a 345.

¹⁷⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 344.

¹⁸⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 345.

¹⁸¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 337.

¹⁸² RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 337 a 339.

menor que o direito do autor da sucessão, mas não maior, o que parece ser aqui o caso.¹⁸³ E até o próprio legislador o aceita, ao admitir que a sucessão *mortis causa* respeite ao direito de usufruto sobre parte da herança, por exemplo (2130º do CC). Tal como neste caso, trata-se de um chamamento que imporá uma aquisição derivada constitutiva e por isso um desvio ao conceito de sucessão, que se limita a fenómenos de aquisição derivada translativa.¹⁸⁴

Quero ainda acrescentar, que o reconhecimento destes direitos depende obviamente da existência, pretérita à morte, de uma união de facto, nos termos do artigo 1º/2 da LUF e que esta se dissolva por morte de um dos membros que a compõem (8º/1/a) da LUF). Mas também, do facto de o falecido ser proprietário exclusivo dos direitos de propriedade sobre o imóvel e sobre os bens móveis, ou que ambos os unidos fossem comproprietários dos mesmos. Além disto, o membro sobrevivente da união, não pode ter casa própria na área do concelho da casa de morada de família, nem nos concelhos limítrofes, quando esta se situe em Lisboa ou no Porto (5º/6 da LUF),¹⁸⁵ tal como os cônjuges que renunciem à condição de herdeiros legitimários, segundo o artigo 1707º-A/6 do CC.

C) Direito ao arrendamento da casa anteriormente arrendada pelo companheiro falecido

Quanto a esta situação, o artigo 5º/10 da LUF remete para a aplicação do artigo 1106º do CC, que na alínea b) do seu n.º 1, dispõe que o arrendamento para habitação não caduca se ao arrendatário sobreviver pessoa com quem ele vivesse em união de facto há mais de um ano. O n.º 2 deste artigo, acrescenta ainda, que esta transmissão da posição de arrendatário depende de, à data da morte do arrendatário, o transmissário residir no locado há mais de um ano. Ou seja, esta atribuição está dependente do preenchimento de dois requisitos cumulativos.¹⁸⁶

Quanto ao primeiro requisito e à interpretação da referida alínea b), surgem algumas dúvidas, dado que o artigo 1º/2 da LUF exige que, para se aplicar o regime desta mesma lei, a união dure há mais de dois anos.

¹⁸³ GALVÃO TELLES, "Direito das Sucessões, Noções Fundamentais", Coimbra Editora, 6ª edição, 1991, págs. 43 e 44.

¹⁸⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 340.

¹⁸⁵ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 541.

¹⁸⁶ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 542.

Na opinião de Jorge Duarte Pinheiro, há aqui um desvio quanto ao requisito temporal constante do regime da LUF, mas apesar disto, nenhum dos impedimentos à constituição da união, presentes no artigo 2º da LUF, se podem verificar.¹⁸⁷ Porém, no caso de o membro falecido ser proprietário do imóvel, para que o unido de facto sobrevivente tenha o direito de uso e habitação do mesmo e do seu recheio, tem de se verificar o requisito temporal geral, que é de dois anos, pelo que a diferença de soluções que este entendimento provoca é contraditória.

Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, também defendem que o facto de na sua nova redação o artigo 1106º/1/b) do CC ter retirado a conjunção copulativa e, entre “viver em união de facto” e “há mais de um ano”, significa que houve o propósito de, para este efeito, afastar a exigência genérica de dois anos de duração da união.¹⁸⁸

Por outro lado, à transmissão por morte do arrendamento habitacional dos contratos celebrados antes do NRAU, aplica-se o disposto no artigo 57º/1/b) deste mesmo diploma, que refere que o arrendamento para habitação não caduca por morte do primitivo arrendatário quando lhe sobreviva pessoa com quem vivesse em união de facto há mais de dois anos, com residência no locado há mais de um ano. O que demonstra uma atitude contraditória por parte do legislador em relação aos contratos anteriores e posteriores à entrada em vigor do NRAU¹⁸⁹ se for este o entendimento seguido, dado que para uns exige que se cumpra o requisito temporal geral e para outros essa exigência não se coloca.

Tendo em conta este aspeto e o facto da LUF colocar como requisito primordial a duração da convivência há pelo menos dois anos para que as uniões de facto sejam legalmente protegidas, alguns autores interpretam o artigo 1106º/1/b) do CC em sentido diverso.

Inês Rafael Azevedo, na sua tese de mestrado, afirma que é necessário que tenham decorrido pelo menos três anos de convivência para que haja transmissão deste direito, ou seja, para a autora, quando a alínea b) refere que, é necessário que a união de facto dure há mais de um ano deve ter-se em conta que para que haja uma união de facto têm de ter decorrido pelo menos dois anos de convivência, logo, para que vivam em união de facto há pelo menos um ano, como exige a *supra* identificada alínea, a convivência em

¹⁸⁷ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família...”, pág. 543.

¹⁸⁸ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso...”, pág. 102.

¹⁸⁹ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família...”, *idem ibidem*.

condições análogas às dos cônjuges tem de durar há pelo menos três anos.¹⁹⁰ É apenas de ressaltar, que para se sufragar este entendimento, é necessário concordar com a opinião de Margarida Pereira, segundo a qual, desde que a atual noção de união de facto entrou em vigor, a união de facto só existe passados dois anos de relacionamento análogo ao dos cônjuges.¹⁹¹ Se por outro lado, se entender que passados estes dois anos a união se torna apenas protegida,¹⁹² o presente entendimento não encontra fundamento na letra do artigo 1106º/1/b) do CC.

Quanto à exigência do n.º 2 do artigo 1106º do CC, segundo Inês Azevedo, este ano de habitação no locado pode decorrer ao mesmo tempo que decorre o ano exigido na alínea b) do n.º 1 do mesmo artigo.¹⁹³

De facto, esta interpretação parece ter maior acolhimento legal, por respeitar o requisito temporal geral de dois anos que é exigido na LUF, além disso, a letra da alínea b) do artigo 1106º do CC, parece permitir receber este entendimento.

No entanto, há que ter em atenção, que esta interpretação embora pareça ser a que melhor respeita o entendimento do legislador, torna bastante difícil a posição do membro sobrevivente da união. Além do mais, aplicando esta interpretação ao artigo 57º/1/b) do NRAU, o tempo de convivência exigido será de quatro anos, dado que o mesmo exige que para haver transmissão deste direito, o casal vivesse em união de facto há mais de dois anos e segundo este entendimento, esse prazo só começa a contar dois anos depois do início da convivência, momento em que surge a união de facto.¹⁹⁴

De qualquer forma, vemos aqui uma aproximação entre os regimes do casamento e da união de facto com a possibilidade de transmissão deste direito. Embora, para haver transmissão deste direito para o cônjuge sobrevivente, nenhuma exigência sobre o tempo a que teria de durar o casamento nem sobre o tempo ao qual o cônjuge sobrevivente teria de viver no locado seja feita (1106º/1/a do CC), ao contrário do unido de facto que tem sempre de habitar o locado há um ano pelo menos.

Rita Lobo Xavier não concorda com esta solução, refere a autora, que não faz sentido que numa união que dure há vários anos, o direito não se transmita só porque o

¹⁹⁰ Inês RAFAEL AZEVEDO, "A Transmissão por Morte do Direito ao Arrendamento", Dissertação de Mestrado de Direito Privado, sob a orientação do Prof. Doutor Agostinho Cardoso Guedes, Universidade Católica do Porto, 2015, pág. 27.

¹⁹¹ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. 599.

¹⁹² Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 525.

¹⁹³ Inês RAFAEL AZEVEDO, "A Transmissão por Morte do Direito ao Arrendamento", pág. 28.

¹⁹⁴ Inês RAFAEL AZEVEDO, "A Transmissão por Morte do Direito ao Arrendamento", pág. 34.

membro sobrevivente do casal ainda não vivia no locado há um ano.¹⁹⁵ Tendo a concordar, até porque não é a solução que existe no casamento e não há motivo para diferenciação neste ponto, pelo que é discriminatória. De facto, torna-se aqui nítida a intenção do legislador de fragilizar a posição do unido de facto relativamente ao cônjuge sobrevivente, não acompanhando, mais uma vez, a evolução social no sentido de maior igualação entre estes dois modelos de vida factualmente análogos.¹⁹⁶

Por último, devo acrescentar, que o arrendamento habitacional decorrente da transmissão por morte em benefício do unido de facto, está em regra limitado ao período de duração do direito real de habitação que existiria se o *de cujus* fosse proprietário do imóvel, ainda que o falecido fosse titular de um direito de arrendamento de duração indeterminada.¹⁹⁷ E que tal como o direito real de uso e habitação do imóvel e do seu recheio, não se transmite, se à data da morte do arrendatário, o membro sobrevivente do casal tiver casa própria ou arrendada no mesmo concelho. Se o imóvel se situar na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto, também não poderá ter habitação nos concelhos limítrofes (1106º/4 do CC).

O facto de o membro sobrevivente da união ter atualmente estes direitos relativos à casa de morada de família, é mais uma aproximação entre o regime do casamento e da união de facto e um reconhecimento por parte do legislador de que nas uniões há também uma vida em comum, partilhada por ambos os companheiros e que, por isso, faz sentido existirem estes pontos de contacto com o regime do casamento, que trazem alguma equidade num momento de dissolução. Afinal, os unidos de facto vivem em condições análogas às dos cônjuges e, por isso, o seu ambiente familiar também deve ser preservado no momento da morte de um dos membros do casal.

5.2.2.2. PRESTAÇÕES SOCIAIS POR MORTE

As prestações sociais por morte, vêm elencadas no artigo 3º/1 da Lei n.º 7/2001 na sua atual redação. Relativamente às mesmas, nomeadamente quanto à pensão de sobrevivência e subsídio por morte, também com a versão atual da LUF, o unido de facto sobrevivente se encontra muito mais protegido, uma vez que o regime aqui previsto é agora igual ao que regula este aspeto no casamento. Apesar de mais uma vez, estarmos apenas

¹⁹⁵ Rita LOBO XAVIER, "A União de Facto...", pág. 669.

¹⁹⁶ Inês RAFAEL AZEVEDO, "A Transmissão por Morte do Direito ao Arrendamento", pág. 41.

¹⁹⁷ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 544.

perante direitos por morte do tipo assistencial, podem daqui retirar-se algumas conclusões interessantes.

Segundo a Lei n.º 7/2001 na sua redação originária, o acesso a estas prestações, dependia de se demonstrar a necessidade de alimentos do membro sobrevivente do casal e ainda de se terem esgotado as duas vias particulares de satisfação dessas necessidades alimentares. A primeira via, era a satisfação pelos obrigados a alimentos e a segunda, era através da herança do falecido, ponto que iremos ver em seguida.¹⁹⁸ Este texto legal, encontrava a sua justificação na circunstância de os unidos de facto não se terem vinculado a um dever de assistência recíproca como ocorre no casamento, pelo que não se podia depreender que a morte de um deles diminuía os rendimentos disponíveis.¹⁹⁹ Na verdade, muitos dos autores que colocam reticências à hipótese de se conferirem mais efeitos jurídicos à união de facto, argumentam precisamente que estes não se vincularam ao cumprimento de certos deveres e que por isso não devem ter determinados direitos. Como vamos ver, apesar de não ter havido esta vinculação, a realidade da vida em união e a sua própria noção, demonstram que o cumprimento destes deveres se verifica e que também por isso, este argumento está hoje bastante fragilizado.

A solução preconizada pela Lei n.º 7/2001 na sua redação originária, foi alvo de variada jurisprudência do Tribunal Constitucional,²⁰⁰ uma vez que o unido de facto sobrevivente tinha sempre bastante dificuldade em aceder a estas prestações e que isso era discriminatório relativamente ao cônjuge sobrevivente, que não precisava de demonstrar a necessidade de alimentos, visto que se tratariam de situações idênticas. Não é de facto possível afirmar que só o cônjuge sobrevivente ficou privado das obrigações de assistência do seu companheiro, pois o membro sobrevivente da união de facto também ficou privado da assistência que decorre da vida comum, da partilha de recursos e da comunhão informal que pertence ao próprio conceito de união de facto, que como já vimos, obriga à comunhão de leito, mesa e habitação, ou seja, a uma vida em condições análogas às dos cônjuges.²⁰¹

No artigo 6º/1 da atual redação da LUF, a situação discriminatória terminou, foi dispensada qualquer prova de necessidade de alimentos, tal como acontece

¹⁹⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 147, consultado em 21 de Dezembro de 2018.

¹⁹⁹ Rita LOBO XAVIER, "A União de Facto...", pág. 687.

²⁰⁰ Por exemplo, AC. do TC n.º 651/2009, processo n.º 1019/2008, consultado em 27 de Dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>

²⁰¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 147, consultado em 21 de Dezembro de 2018 e Rita LOBO XAVIER, "A União de Facto...", pág. 687.

relativamente ao cônjuge sobrevivente.²⁰² Basta agora, fazer prova da existência da união de facto, em ação judicial, se a entidade responsável por esse pagamento entender que há fundadas dúvidas sobre a existência da mesma (6º/2 da LUF).²⁰³

Parece então, que o legislador começou a assumir, que na união de facto também se cumprem os chamados deveres conjugais, ainda que informalmente. E que a inexistência de uma vinculação jurídica ao seu cumprimento é um argumento puramente formal, que não deve obstar à atribuição de direitos ao unido de facto dos quais o cônjuge já goza, o que pode inclusive ser discriminatório e como tal inconstitucional, dadas as semelhanças entre os dois modelos de vida familiar.

Mais uma vez, o legislador reconheceu que a existência de uma vida em comum na união de facto tem de trazer consequências no momento da sua dissolução por morte, dado que esta cria exatamente os mesmos problemas que no casamento. Não é por não existir formalmente a assunção de determinados deveres, cuja juridicidade é hoje bastante discutível mesmo no casamento, que o unido de facto não deverá ter certos direitos dos quais o cônjuge sobrevivente goza. Até porque, como vamos ver em maior pormenor, estes deveres são também cumpridos na união de facto, ainda que informalmente.

5.2.2.3. DIREITO A ALIMENTOS DA HERANÇA DO FALECIDO

O membro sobrevivente da união, que necessite de alimentos, pode exigí-los da herança do falecido, situação que vem prevista no artigo 2020º/1 do CC. Este direito extingue-se se não for exercido nos dois anos subsequentes à morte do autor da sucessão, segundo o artigo 2020º/2 do CC ou se o alimentado contrair casamento, iniciar nova união de facto ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral, o que resulta do artigo 2019º do CC, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 23/2010, aplicável nos termos do artigo 2020º/3 do CC.²⁰⁴

Os termos em que se desenhava este direito, antes da entrada em vigor da atual redação da LUF, eram bastante discutíveis em dois pontos. Em primeiro lugar, este direito dependia da impossibilidade de o membro da união obter estes alimentos dos obrigados

²⁰² GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 148, consultado em 21 de Dezembro de 2018.

²⁰³ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 540.

²⁰⁴ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 538.

a tal, referidos no artigo 2009º do CC,²⁰⁵ enquanto atualmente o membro sobrevivente da união não tem de os demandar previamente para ter este direito. Com o novo regime, o legislador considerou que a união de facto cria uma obrigação de socorro pelas forças da herança, em favor do membro sobrevivente e que é prioritária relativamente aos parentes do alimentado.²⁰⁶ Obrigação esta, resultante da já falada assistência informal, que decorre da partilha de recursos que envolve a vida em comum.²⁰⁷ Este ponto vem, tal como o anterior, aproximar os regimes da união de facto e do casamento e contribui para a desvalorização da assunção formal de determinados deveres. Em segundo lugar, o direito cessava se o seu titular casasse, mas nada se dizia para o caso de se iniciar nova união de facto.²⁰⁸ Hoje, uma nova união de facto, faz cessar este direito (artigo 2019º do CC na redação introduzida pela Lei n.º 23/2010), pelo que podemos concluir, que o legislador tem vindo a dar crescente importância a esta figura e que como já referimos, reconhece um valor de assistência na união de facto. Além disso, não faria sentido manter uma prestação decorrente de uma situação familiar anterior quando se inicia uma nova, ainda que não fundada no casamento.²⁰⁹

Direito igual a este está previsto para o casamento, é o chamado apanágio do cônjuge sobrevivente, que vem previsto no artigo 2018º do CC e que já tivemos oportunidade de mencionar.²¹⁰

5.2.2.4. INDEMNIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E NÃO PATRIMONIAIS

Quanto aos danos patrimoniais, o unido de facto sobrevivente, pode ter direito a uma indemnização, em caso de lesão que proveio da morte do seu companheiro, nos termos do artigo 495º/3 do CC, se o *de cujus* lhe prestava alimentos, mesmo como cumprimento de uma obrigação natural (402º do CC). Parece então que, também neste caso, se admite que na união de facto existe assistência entre os seus membros, ainda que de modo informal.²¹¹

²⁰⁵ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 539 e José António de FRANÇA PITÃO, "A Posição...", pág. 85.

²⁰⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 149, consultado em 22 de Dezembro de 2018.

²⁰⁷ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 108.

²⁰⁸ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", *idem ibidem*.

²⁰⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", *idem ibidem*, consultado em 22 de Dezembro de 2018.

²¹⁰ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 97.

²¹¹ TELMA CARVALHO, "A União de Facto como realidade jurídica próxima ou antagónica do casamento", Relatório de Mestrado, Disciplina de Direito Civil II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000/2001, pág. 66.

Relativamente aos danos morais, anteriormente à entrada em vigor da atual redação da LUF, o unido de facto não constava do elenco taxativo do artigo 496º do CC. Esta diferença face ao cônjuge sobrevivente foi, até então, alvo de diversa jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a sua conformidade à CRP. Um pouco à semelhança do que vimos sobre o direito à pensão de sobrevivência e sobre o direito a alimentos da herança do falecido, a nova redação da LUF, veio equiparar o regime da união de facto ao do casamento também neste aspeto, concluindo que não há motivo para um tratamento diferente nestes pontos e que isso seria discriminatório, aumentando a proteção do membro sobrevivente da união. Este assunto será aprofundado aquando da discussão sobre a natureza jurídica da união de facto.

O facto de hoje também o unido de facto se encontrar no elenco de pessoas que constam do artigo 496.º do CC, mais precisamente no seu nº 3, ao lado dos descendentes,²¹² vem também aproximar as duas figuras ao nível dos efeitos por morte e é também uma assunção, por parte do legislador, de que o unido de facto é uma das pessoas mais próximas do companheiro falecido, tal como se de um matrimónio se tratasse, pois o relacionamento é idêntico. Este raciocínio, deverá estar na base de uma eventual alteração legislativa relativa ao facto de o convivente sobrevivente não ser ainda herdeiro legal do seu companheiro, tendo em conta a proximidade afetiva subjacente à relação. Restará perceber, se esta alteração deveria colocar o unido de facto sobrevivente na posição de herdeiro legítimo ou legitimário, discussão que será abordada em sede própria.

Quero ainda acrescentar, que o unido de facto sobrevivente tem, à semelhança do cônjuge sobrevivente, o exercício exclusivo das responsabilidades parentais dos filhos menores do casal ou do companheiro falecido, artigo 1904º do CC na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 137/2015 e artigo 1911º/1 do CC.²¹³

5.2.3. CONCLUSÃO

Após esta breve exposição comparativa do regime jurídico de que gozam unido de facto sobrevivente e cônjuge sobrevivente, é tempo de tecer algumas considerações conclusivas.

Como foi possível observar e como fui referindo, há uma tendência do legislador para aproximar os efeitos jurídicos por morte das duas figuras. Apesar disso, a

²¹² Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. 596.

²¹³ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 531.

aproximação é ainda pouco significativa, o unido de facto continua a ter apenas direitos por morte do tipo assistencial que também existem no casamento e o regime sucessório das duas figuras apresenta ainda uma grande discrepância de efeitos.²¹⁴

Os únicos direitos sucessórios que são hoje reconhecidos ao unido de facto sobrevivente, pois têm como causa a morte do seu companheiro, são o direito a habitar a casa de morada de família e o direito ao uso do respetivo recheio. Os restantes direitos, são consequência de uma relação de facto que implica uma vida em comum e cujo alguns efeitos jurídicos ocorrem após a morte de um dos seus membros, mas não têm como causa a morte. José França Pitão, refere precisamente, a propósito do direito de alimentos sobre a herança que este não é propriamente um direito sucessório, ou seja, um direito resultante da sucessão, mas tão só uma obrigação imposta à herança do falecido por causa de uma relação de facto em vida.²¹⁵

Fica assim claro, que o legislador não quis aproximar e muito menos equiparar,²¹⁶ a posição sucessória do unido de facto à do cônjuge, continuando a ver o companheiro sobrevivente como um terceiro²¹⁷ e não como fazendo parte da família nuclear que tanto quer proteger. Apesar da aproximação de alguns regimes relativos aos efeitos jurídicos por morte das duas figuras, o membro sobrevivente da união, apenas poderá ser herdeiro do seu companheiro por deixo testamentária imputada na quota disponível deste, quanto ao direito de habitar a casa de morada de família, já concluímos que se trata de um legado. Por outro lado, o cônjuge sobrevivente é herdeiro legal legítimo e legitimário, nos termos que já analisámos.

O próprio artigo 5º/A do Decreto da AR n.º 349/X de 2009 (Decreto que deu origem à atual redação da LUF), apesar de não ter chegado a entrar em vigor, conferia uma maior proteção ao unido de facto sobrevivente, mas ainda assim esta era também apenas do tipo assistencial. Não se estabeleciam mais direitos sucessórios e apenas era concedida uma compensação por prejuízos económicos derivados da vida em comum, contra a herança do falecido.²¹⁸

²¹⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 153, consultado em 23 de Dezembro de 2018.

²¹⁵ José António de FRANÇA PITÃO, "Unões...", pág. 304.

²¹⁶ José António de FRANÇA PITÃO, "União de Facto no Direito Português, A Propósito da Lei nº 135/99, De 28/08", Almedina, 2000, pág. 203.

²¹⁷ Carlos PAMPLONA CORET-REAL, "A Não Sujeição do Cônjuge...", pág. 202.

²¹⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 150, consultado em 22 de Dezembro de 2018.

Como é possível entender, esta discrepância de efeitos é intencional²¹⁹ e deve-se a diversos fatores. Desde logo, ao já referido imobilismo sucessório, que tanto contribui para a falta de efeitos na união, como para a exacerbada proteção do cônjuge sobrevivente. A juntar a esta situação, temos o facto de os membros da união de facto não terem querido os efeitos do casamento, pelo que, introduzi-los de modo imperativo poderá ser contrário aos seus direitos. Por outro lado, há que regular a união de facto, essencialmente nos momentos de dissolução, como forma de proteção da parte mais fragilizada. A acrescentar a tudo isto, temos ainda o ceticismo doutrinal, pois parte da doutrina insiste em olhar a união de facto como uma situação que não devia gerar qualquer tipo de vínculo inter-partes,²²⁰ dado que não estamos perante um vínculo contratualmente assumido. Como se isso fosse possível numa plena comunhão de vida, perfeitamente sobreponível ao conjugalmente vivido e que tem de durar pelo menos dois anos.²²¹

Dada a semelhança da vida em união de facto com a conjugal, que é inclusive exigida por lei, não me parece que possam ser assim tão diferentes as soluções previstas, tendo em conta o próprio Princípio da igualdade (13º CRP), apesar de terem de ser respeitados os direitos de quem optou por não contrair matrimónio. Esta problemática, tem feito com que o legislador se movimente cautelosamente no que ao regime da união *more uxorio* diz respeito.

Alguns autores, como é o caso de Francisco Brito Pereira Coelho, defendem que as duas figuras estão cada vez mais próximas tanto a nível jurídico, como aliás temos vindo a observar desde o início da exposição, como social e que por isso esta discrepância de efeitos está hoje desfasada da realidade.²²²

Por outro lado, vários autores, como por exemplo Jorge Duarte Pinheiro, apesar de também defenderem que os efeitos sucessórios na união de facto são escassos,²²³ continuam a defender a diferença, nomeadamente a nível jurídico, entre as duas figuras, o que se deve traduzir, na opinião dos mesmos, em regimes bastante distintos. Estas diferenças assentam sobretudo, na vinculatividade e na solenidade do casamento por oposição à informalidade da constituição e da extinção das uniões, na natureza familiar do casamento, na assunção contratual do cumprimento de deveres conjugais em sede de

²¹⁹ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 102.

²²⁰ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL, "A Não Sujeição do Cônjuge...", pág. 201.

²²¹ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL, "A Não Sujeição do Cônjuge...", pág. 202.

²²² Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 101.

²²³ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Estatuto...", pág. 53.

matrimónio²²⁴ e no facto de os unidos de facto não terem desejado os efeitos do casamento. Como podemos concluir, quase todos são argumentos puramente formais, pelo que não devem obstar à atribuição de proteção ao unido de facto, embora se tenha de respeitar a vontade dos conviventes. Além disso, já vimos que relativamente à dissolução, hoje o divórcio está bastante mais facilitado, pelo que o casamento já não garante a mesma vinculatividade. Quanto à natureza jurídica da união de facto e à questão relativa ao cumprimento dos deveres conjugais existe grande divergência na doutrina, pontos que iremos analisar em seguida.

CAPÍTULO II

OS DEVERES CONJUGAIS

A par da natureza jurídica da união de facto, a existência de deveres conjugais no casamento é um dos principais argumentos mais utilizados para que os unidos de facto não possam gozar de certos direitos que têm os cônjuges, uma vez que estes se vincularam contratualmente ao cumprimento de determinados deveres. Mais uma vez, são os aspetos formais, provenientes do carácter contratual do casamento, por oposição à informalidade da união de facto, os argumentos avançados para afastar as duas figuras e tentar justificar a diferença abismal de tratamento.

O que me proponho tentar perceber neste ponto é, se por um lado, estes deveres têm hoje a mesma juridicidade e proporcionam o mesmo carácter contratual ao casamento que já lhe conferiram e por outro lado, tentar entender se na união de facto também se pode falar no cumprimento de determinados deveres, ainda que não tenham sido juridicamente assumidos e o seu cumprimento corresponda apenas ao puro facto da convivência em condições análogas às dos cônjuges.²²⁵

Para tecer conclusões relativamente à juridicidade dos deveres em sede matrimonial, é necessário analisar as alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, agora com maior pormenor no que toca ao regime do divórcio sem consentimento de um dos

²²⁴ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 555.

²²⁵ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 77.

cônjuges. Isto com o objetivo de entender quais as atuais consequências do incumprimento destes deveres no casamento, tanto no âmbito da tutela familiar como da tutela civil, analisando o controvertido artigo 1792º/1 do CC.

1. O CUMPRIMENTO DE DEVERES NA UNIÃO DE FACTO

Tendo em conta que já expus brevemente o teor de cada um dos deveres conjugais não o irei voltar a fazer, a não ser que seja pertinente. Quero aqui apenas lembrar, que os deveres conjugais (1672º do CC) consubstanciam a densificação do dever quadro no casamento, que é a plena comunhão de vida (1577º do CC). Como já tivemos oportunidade de ver, na união de facto, também se exige que os intervenientes vivam nesta comunhão, desde logo, pela noção de união de facto, presente no artigo 1º/2 da atual redação da LUF. A principal diferença, é que este cumprimento no âmbito do casamento corresponde à execução de um contrato e na união de facto não consubstancia o cumprimento de nenhuma obrigação legal.²²⁶

Certo é, que para que exista uma união de facto, pelo menos legalmente protegida, os seus intervenientes têm de viver em plena comunhão de vida como os cônjuges e para isso têm de cumprir os deveres conjugais, mesmo que fora do quadro vinculativo de um contrato.²²⁷

Este cumprimento, acaba por ser até mais exigente na união de facto, onde o que importa é a execução das obrigações que normalmente impendem sobre os cônjuges, pois se estes comportamentos não forem executados a união de facto dissolve-se por não haver uma vida nas condições exigidas pela LUF. Já no casamento, não há um controlo posterior deste cumprimento, o que realmente importa é o momento declarativo inicial, apesar de este ter vindo a perder importância, por tudo o que já foi sendo referido.²²⁸

O caso do dever de coabitação é o que melhor ilustra esta situação. No casamento, nas situações excecionais elencadas no artigo 1673º/2 do CC, não é necessário adotar a mesma residência e além disso, o casamento não se dissolve só porque os cônjuges deixaram de coabitar, nem é necessário que isto aconteça para que possa haver um casamento válido. Já na união de facto, para que esta seja protegida, a coabitação tem de se verificar há pelo menos dois anos e é alvo de prova.²²⁹

²²⁶ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 78.

²²⁷ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 79.

²²⁸ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 98.

²²⁹ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 525.

Além disso, segundo Jorge Duarte Pinheiro, se a coabitação se interromper com o objetivo de por fim à comunhão e se posteriormente houver uma reconciliação, o prazo de dois anos deve começar a contar do início, dado que se extinguiu a ligação por vontade de uma das partes, nos termos do artigo 8º/1/b) da LUF.²³⁰ Por outro lado, se a coabitação for interrompida, mas sem esse propósito, o prazo também se interrompe voltando depois a contar quando retomada a coabitação, pois aqui não há rutura da ligação, segundo a opinião de Jorge Duarte Pinheiro.²³¹ Neste ponto, Margarida Pereira tem opinião divergente, no entendimento da autora, o prazo só se deve interromper quando os companheiros deixem de viver em condições análogas às dos cônjuges e já vimos que estes podem não coabitar, desde que por motivos ponderosos, sem que com isso estejam a incumprir os seus deveres (1673º/2 do CC).²³² De qualquer das formas e independentemente da opinião seguida, podemos concluir que a coabitação é bastante mais exigente na união de facto, apesar dos conviventes não se terem vinculado contratualmente ao seu cumprimento.

Quanto ao dever de cooperação e assistência, estes são também cumpridos na união de facto, algo que já foi reconhecido pela doutrina e pelo próprio legislador, como tivemos oportunidade de referir, por exemplo, relativamente ao direito do unido de facto a ser alimentado pelos bens da herança. Numa comunhão plena de vida, haverá necessariamente partilha patrimonial e por isso haverá sempre uma assistência ainda que informal. Admite-se então, que tal como o cônjuge, o membro sobrevivente da união fica privado da assistência que decorre da vida em comum quando o seu companheiro falece. É também este valor de assistência, ainda que informal, que faz com que uma união de facto cesse o direito a alimentos de um anterior casamento (2019º do CC), o que não acontecia até à entrada em vigor da atual redação da LUF, que por todos os motivos enumerados, veio claramente reconhecer que os deveres conjugais também são cumpridos na união de facto.²³³

Já o facto de o tribunal poder prorrogar o prazo em que o companheiro sobrevivente tem direito a habitar a casa de morada de família em determinadas situações, que

²³⁰ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 526.

²³¹ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", *idem ibidem*.

²³² Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. 603.

²³³ GUILHERME DE OLIVEIRA, "Notas...", pág. 147, consultado em 22 de Janeiro de 2019 e Rita LOBO XAVIER, "A União de Facto...", pág. 688.

englobam, por exemplo, o apoio que foi prestado a familiares do *de cujus*,²³⁴ denota que o legislador assume que haverá também aqui cooperação.

Outra das provas de que o legislador reconhece que há de facto uma partilha patrimonial na união de facto e por isso inevitavelmente cooperação e assistência é o disposto no artigo 5º/A do Decreto da AR N.º 349/X de 2009. Este artigo, apesar de não ter entrado em vigor, propunha uma compensação para o unido de facto, semelhante à que se encontra prevista para o casamento, nos termos do artigo 1676º/2 do CC.²³⁵

A própria jurisprudência do STJ, veio reconhecer recentemente que a analogia entre a vida dos companheiros e a dos cônjuges implica a existência de deveres pessoais entre aqueles, que identifica com os deveres conjugais. Pode inclusive ler-se, num acórdão do STJ de 09 de Julho de 2014, que os companheiros viviam numa união de facto porque, “vinham observando os deveres próprios do casamento...”.²³⁶

Jorge Duarte Pinheiro, refere que, apesar da lei exigir a comunhão de leito, de mesa e de habitação na união de facto, nenhuma destas três vertentes é objeto de um dever jurídico, como acontece no casamento em que existe um compromisso jurídico de coabitação.²³⁷

Também França Pitão parece ir neste sentido, ao referir que, por um lado, não há consequências para o incumprimento dos deveres porque estes não são contratualmente assumidos e por isso a sua relevância só pode ser ética ou social. Mas que, por outro lado, não estamos se quer perante uma união de facto se estes não forem cumpridos, pois faltaria um dos requisitos fundamentais e que é imposto ao seu reconhecimento, que é a vida em condições análogas às dos cônjuges, ou seja, em plena comunhão de vida.²³⁸

Neste sentido surgem também Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, que referem que não assumindo compromissos, os membros da união de facto não estão vinculados por qualquer dos deveres dos artigos 1671º/2 e 1672º do CC.²³⁹

É verdade que a lei não prevê em específico nem diretamente, estes deveres para as uniões e que as partes não se vincularam juridicamente ao seu cumprimento, como ocorre no casamento. Mas se a lei exige a analogia com a vida dos cônjuges, exige

²³⁴ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família...”, pág. 540.

²³⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas...”, pág. 151, consultado em 23 de Janeiro de 2019.

²³⁶ Ac. do STJ de 09-07-2014, processo nº 3076/11.1TBLL.E1.S1, consultado em 25 de Janeiro de 2019. Acessível em: <http://www.dgsi.pt>

²³⁷ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Direito da Família...”, pág. 554.

²³⁸ José António de FRANÇA PITÃO, “Uniões...”, pág. 116.

²³⁹ Francisco BRITO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso...”, pág. 79.

claramente o cumprimento dos deveres conjugais para que exista uma união de facto e se estes deixarem de ser cumpridos a união termina, como podemos ver desde logo pelo caso da coabitação.

Os deveres que foram aqui referidos são os que melhor permitem ver que o legislador não só reconhece, como exige o cumprimento dos deveres conjugais na união de facto, a coabitação é inclusive alvo de prova, como já se referiu. É verdade, no entanto, que na união de facto estes não são verdadeiros deveres, pois que não haverá, em princípio, outras consequências pelo seu incumprimento a não ser uma eventual dissolução da união ou esta não se chegar a formar, por exemplo se nunca houve coabitação. De facto, as partes não se vincularam juridicamente ao seu cumprimento, embora os cumpram muitas das vezes como consequência da comunhão de vida, nomeadamente, o dever de assistência e de cooperação e daí algumas soluções legais já enunciadas, que têm por base esta conclusão.

Telma Carvalho, porém, parece ir mais longe na sua tese de mestrado, ao defender que não só os deveres têm de ser cumpridos para que haja uma união, como porque sendo uma vida em condições análogas às dos cônjuges, ou seja, em plena comunhão de vida, à qual o legislador confere cada vez mais proteção jurídica é dever dos seus membros cumprirem os mesmos deveres que os cônjuges. E que por isso, estes existem não apenas num plano ético como também no plano jurídico.²⁴⁰

Quanto a mim, impor juridicamente estes deveres aos unidos de facto, tendo em conta que os seus membros não quiseram a eles vincular-se é atentatório da sua autonomia, pelo que considero que, apesar da lei exigir o seu cumprimento para que haja uma união de facto, não podem retirar-se outras consequências do seu incumprimento e que eventualmente se podem retirar no âmbito do casamento, como iremos ver.

É verdade que, tal como afirma a autora, para que haja uma vida em plena comunhão deve existir respeito mútuo, deve haver também coabitação (nas suas três vertentes) como já vimos, aliás, desde logo o artigo 4º da LUF fala em casa de morada de família²⁴¹ e que havendo esta comunhão de vida haverá partilha patrimonial e por isso cooperação e assistência, como já foi aqui referido. Mas defender que os unidos de facto estão vinculados juridicamente ao cumprimento destes deveres parece-me excessivo,

²⁴⁰ TELMA CARVALHO, "Dissolução da União de Facto: Morte e rompimento unilateral", Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, sob a orientação do Prof. Doutor Januário da Costa Gomes, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003, págs. 56 e 58.

²⁴¹ TELMA CARVALHO, "Dissolução...", pág. 57.

não só porque não o quiseram, como porque não estão previstas sanções para o seu incumprimento, nem o seu cumprimento é exigível e por isso estão destituídos das normais características de um dever jurídico. Sem prejuízo de atualmente os deveres pessoais no casamento também o estarem, como iremos ver mais à frente.

Por exemplo, não se consegue retirar uma obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar juridicamente imposta aos unidos de facto e, por isso, não pode esta contribuição ser exigida em tribunal, tal como ocorre no casamento (1676º/4 do CC). O legislador nem se quer chegou a reconhecer um direito à compensação que referimos *supra* (1676º/2 do CC), embora me pareça que a norma deva entrar em vigor e ser aplicada quando se prove que de facto um dos membros da união contribui mais para os encargos da vida familiar, isto porque se reconhece um valor de assistência ainda que informal nas uniões de facto, como já se concluiu. Embora nenhum dos membros do casal tivesse o dever jurídico de o fazer, pelo que não haverá qualquer sanção se um dos companheiros não contribuir para os encargos da vida familiar.

No casamento, como iremos ver, também não existem hoje as mesmas consequências pelo incumprimento dos deveres conjugais, o que obviamente ajuda a que o argumento de que os unidos não podem ter certos direitos porque estes resultam da vinculação ao cumprimento de determinados deveres perca relevância no atual quadro legislativo. Mas em sede matrimonial, existem deveres contratualmente assumidos e se a sua juridicidade está hoje posta em causa, muito menos haverá essa juridicidade na união de facto, em que não houve qualquer vínculo contratual nesse sentido.

Relativamente ao dever de fidelidade em específico, refere Telma Carvalho, que na união de facto, tal como no casamento, há uma presunção de paternidade a favor do companheiro da mãe²⁴² (1871º/1/c) do CC), embora apenas para, em ação de investigação de paternidade, inverter o ónus da prova da filiação.²⁴³ No entanto, para justificar esta norma, não é necessário que se diga que na união há também um dever de fidelidade juridicamente imposto. Basta haver a presunção de que este dever é cumprido, ainda que de modo informal, o que acontece com o cumprimento de todos os restantes deveres, sendo com base nestas presunções que o legislador tem conferido determinada proteção aos companheiros e que reconhece, ao fim de dois anos, a existência de uma união, dado que só a coabitação é alvo de prova e a lei exige a vida em condições análogas

²⁴² TELMA CARVALHO, "Dissolução...", pág. 62.

²⁴³ Francisco PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 81.

às dos cônjuges. Além disso, o facto de o dever de fidelidade ser juridicamente imposto no casamento, não garante que este seja cumprido, nem haverá, por motivos óbvios, nenhum tipo de controlo sobre este aspeto, pelo que não se pode dizer que esta presunção de paternidade é mais fundada em sede de matrimónio do que na união de facto.

Sendo a união de facto um modelo de vida em condições iguais às dos cônjuges e só sendo alvo de prova a coabitação, presume-se que todos os outros deveres também se cumprem, o que acaba por acontecer na maioria dos casos e que permite ao legislador conceder determinados direitos nessa base. Se na realidade não forem cumpridos, a única consequência a retirar, é que a união de facto se dissolveu ou não se chegou a constituir. É ainda importante referir, que para usufruir de determinados direitos, nomeadamente os que surgem com base na presunção de assistência, os companheiros têm de provar a existência da união e só o conseguem fazer demonstrado que viviam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos, ou seja, que cumpriam os deveres que os cônjuges contratualmente assumiram e por isso faz todo o sentido que tenham direito a determinadas prerrogativas iguais às dos cônjuges.

Aliás, em minha opinião, o facto de os conviventes não se terem vinculado no plano jurídico ao cumprimento destes deveres, em nada impede que se concedam direitos e que se criem mais medidas protecionistas. Trata-se de um aspeto puramente formal, que não deve obstar a que o Estado cumpra o seu dever de proteger esta relação análoga à dos cônjuges e que por esse motivo carece e é digna de regulação jurídica, mesmo que em diferentes moldes.

Mas para Telma Carvalho, só se deve conceder proteção semelhante às dos cônjuges, se forem impostos os mesmos deveres aos unidos de facto.²⁴⁴ Creio que não é necessário e que a proteção conferida tem por base, precisamente, a presunção de cumprimento desses deveres a que já aludi e o facto de estarmos perante uma relação familiar, cuja tutela é constitucionalmente imposta, como iremos ver de seguida.

O dever de assistência, por exemplo, é inevitavelmente cumprido na união, pois há necessariamente uma partilha patrimonial resultante da vida em comum e da partilha de mesa que a própria coabitação exige. Tendo isto em conta, faz todo o sentido que unido de facto sobrevivivo goze dos direitos às prestações por morte e a ser alimentado pelos bens deixados pela herança, nos mesmos moldes em que o cônjuge sobrevivivo. Quanto à

²⁴⁴ TELMA CARVALHO, “A União de Facto como...”, pág. 59.

coabitação, mesmo não sendo um dever juridicamente vinculativo, sem o seu cumprimento a união não é protegida e o preenchimento deste requisito tem de ser provado, pelo que também se compreende a proteção conferida à casa de morada de família, nos mesmos termos que existe no casamento.

A autora defende assim a aplicação analógica dos deveres do casamento à união de facto, por não haver uma norma expressa que o imponha e porque há uma analogia nos dois modelos de vida.²⁴⁵ É verdade que existe analogia em termos relacionais entre as duas figuras, aliás a lei assim o exige e por isso é que se justifica a existência de certas medidas idênticas e que se poderá, eventualmente, justificar a aplicação analógica de outras, como iremos ver. Mas impor juridicamente o cumprimento dos deveres conjugais aos unidos de facto, fará com as consequências do seu incumprimento no casamento, que analisaremos posteriormente, sejam aplicadas aos companheiros que não as quiseram e não as puderam prever, o que me parece violador dos seus direitos.

2. A JURIDICIDADE DOS DEVERES CONJUGAIS

Concluída a análise sobre o cumprimento dos deveres conjugais na união de facto, é o momento de olhar para as atuais consequências do seu incumprimento no casamento. Sendo que em primeiro lugar, cumpre analisar algumas das alterações que a Lei n.º 61/2008 trouxe, sempre tendo em conta que nesta sede nos interessam, principalmente, as mudanças que tiveram que ver com o cumprimento deveres conjugais.

Antes da entrada em vigor desta lei e quando vigorava a redação do CC dada pelo DL n.º 496/77, o sistema português previa três tipos de divórcio. Por mútuo consentimento, litigioso por causas subjetivas e litigioso por causas objetivas. Neste ponto, irá interessar essencialmente para a nossa análise, o divórcio sem consentimento de uma das partes, que se pode conceber como sanção, remédio ou como simples constatação da rutura do casamento.²⁴⁶

O divórcio-sanção, pressupõe um ato ou procedimento culposos de algum dos cônjuges e quer ser a sanção contra esse ato ou procedimento e por esse motivo, só pode ser requerido pelo cônjuge inocente. Já o divórcio-remédio, pressupõe apenas uma situação de crise do matrimónio e quer ser o remédio para essa situação, que é causada com ou sem culpa, por um dos cônjuges. Neste caso, o divórcio só pode ser pedido pelo

²⁴⁵ TELMA CARVALHO, "Dissolução...", pág. 61.

²⁴⁶ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVERIRA, "Curso...", pág. 717.

cônjuge afetado pela crise matrimonial, que não provocou. Existe ainda o divórcio-constatação da rutura da relação, sendo que neste, o único objetivo é constatar uma situação intolerável, independentemente das razões que a ela levaram. Neste modelo qualquer um dos cônjuges pode requerer o divórcio, quer tenha contribuído mais ou menos para o estado de rutura.²⁴⁷

Nesta época, o nosso sistema era misto e combinava estes três modelos.²⁴⁸ O sistema de 1977 aceitava então, que se demonstrasse a rutura do casamento depois da prova da violação culposa dos deveres conjugais (1779º do CC na redação anterior à nova lei). Mas também que se demonstrasse essa rutura através de uma avaliação objetiva do afrouxamento do vínculo, sem recurso à avaliação dos comportamentos culposos de qualquer dos cônjuges,²⁴⁹ como era o caso da alínea a) do artigo 1781º do CC, que previa como causa de divórcio a separação de facto e na qual ambos os cônjuges o podiam requerer,²⁵⁰ ou ainda através das alíneas b) e c) deste artigo, que continham igualmente causas puramente objetivas, mas que tinham a ver com facto relativo à pessoa do cônjuge que não estava a requerer o divórcio, ou seja, consubstanciavam o modelo do divórcio-remédio.²⁵¹

Podemos então perceber, que este sistema de 1977 se aproximou da ideia de divórcio-constatação da rutura do casamento, mas não o consagrou completamente. Foram previstas causas objetivas de rutura do casamento como a separação de facto, a alteração das faculdades mentais e a ausência, porém, não se afirmava um princípio geral de dissolução com fundamento na rutura do casamento. Apenas se previam estas três causas determinadas de rutura e só na alínea a) do artigo 1781º do CC é que se previa claramente este modelo, pois só neste caso, ambos os cônjuges podiam requerer o divórcio. A juntar a isto, aceitava-se a demonstração da violação culposa dos deveres conjugais, não só como causa do divórcio a que já fiz referência, mas também quando um dos cônjuges invocava a causa objetiva da separação de facto. Nestas duas situações, o tribunal era obrigado a declarar a culpa dos cônjuges, para que pudessem ser aplicadas sanções patrimoniais ao cônjuge culpado ou mais culpado.²⁵²

²⁴⁷ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVERIRA, "Curso...", págs. 718 e 719 e Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 506.

²⁴⁸ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", *idem ibidem*.

²⁴⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova...", pág. 5, consultado em 14 de Janeiro de 2019.

²⁵⁰ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", *idem ibidem*.

²⁵¹ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVERIRA, "Curso...", pág. 719.

²⁵² GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova...", *idem ibidem*, consultado em 22 de Janeiro de 2019.

Atualmente, o Código Civil continua a contemplar o divórcio-remédio nas duas situações já referidas e nas quais só o cônjuge que reclama a ausência ou a alteração das faculdades mentais do outro pode requerer o divórcio (1785º/1 do CC). Mas também o divórcio-constatação da rutura do casamento, que já estava e continua a estar contemplado na alínea a) do artigo 1781º do CC, embora agora de forma bastante mais vinculada, nomeadamente, com o surgimento da alínea d) do artigo 1781º do CC, que já tivemos oportunidade de analisar. Esta alínea, afirma um princípio geral de relevância de qualquer outra causa que mostre a rutura definitiva do casamento, ou seja, a impossibilidade da vida em comum. Pelo que, cabem aqui também, situações em que houve violação dos deveres conjugais, desde que demonstrem esta rutura, mas sem que daí se possam retirar outras consequências,²⁵³ uma vez que foi eliminada a relevância da culpa no divórcio, não só como causa deste, como a nível das consequências patrimoniais que daí se retiravam.²⁵⁴

Antes de 2008, as consequências patrimoniais do divórcio estavam reguladas com base na declaração de culpas e na sua graduação, quer a dissolução tivesse seguido o caminho da alegação das violações culposas dos deveres conjugais, quer tivesse sido baseada na separação de facto, como já se referiu.²⁵⁵ Estas consequências surgiam, desde logo, no artigo 1790º do CC na sua anterior redação, que referia que o cônjuge declarado único ou principal culpado não podia, na partilha, receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado no regime de comunhão de adquiridos.²⁵⁶ Mas continuavam no artigo 1791º do CC, que referia que o cônjuge culpado não conservava qualquer benefício que tivesse recebido ou que houvesse a receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado.²⁵⁷ A estas duas juntava-se ainda a consequência relativa aos alimentos e que ainda hoje se mantém no artigo 1675º/2 do CC, como iremos ver.²⁵⁸ A somar a todas estas consequências, surgia ainda uma outra que resultava do artigo 1789º/2 do CC e que permitia a um dos cônjuges pedir que os efeitos do casamento retroagissem à data em que a coabitação tivesse

²⁵³ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 504.

²⁵⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova...", págs. 6 e 16, consultado em 22 de Janeiro de 2019.

²⁵⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova...", pág. 16, consultado em 20 de Fevereiro de 2019.

²⁵⁶ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal, Os Deveres Conjugais Sexuais", Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas, Faculdade De Direito da Universidade de Lisboa, Coleção Teses, Almedina, 2004, pág. 648.

²⁵⁷ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Núcleo...", pág. 649.

²⁵⁸ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Núcleo...", págs. 656 e 657.

cessado por culpa exclusiva ou dominante do outro membro do casal, sancionado assim a violação deste dever.²⁵⁹ Por fim, a mais importante consequência, era a que resultava da anterior redação do artigo 1792º do CC, segunda a qual o cônjuge único ou principal culpado ou o que pediu o divórcio com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro, tinha de reparar os danos não patrimoniais que deste resultassem para o outro cônjuge.²⁶⁰

Em resumo, as três grandes alterações da lei de 2008, para o que agora nos importa analisar foram, em primeiro lugar, a eliminação da via clássica de divórcio, proposta pelo cônjuge inocente contra o cônjuge culpado, baseada na prova de violações culposas de deveres conjugais. Em segundo lugar, o artigo 1781º do CC, que depois de manter as três causas objetivas de rutura tradicionais, afirmou um princípio geral de relevância de qualquer outra causa que mostre a rutura definitiva do casamento (1781º/d) do CC).²⁶¹ E em terceiro lugar, a eliminação das já referidas consequências patrimoniais para o cônjuge exclusivamente ou principal culpado pelo divórcio.

Quando vigorava entre nós o modelo do divórcio-sanção, não só a violação dos deveres conjugais era causa do divórcio (1799º do CC na anterior redação), como haviam consequências patrimoniais resultantes desta situação, uma vez que a ideia era sancionar o cônjuge infrator, como acabámos de ver. Deste modo, o já referido artigo 1792º do CC referia que, “O cônjuge declarado único ou principal culpado do divórcio e bem assim o cônjuge que pedir o divórcio com base na alínea c) do artigo 1781º deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento.”

Estes danos causados ao outro cônjuge pelo divórcio, eram consequência indireta da violação dos deveres conjugais pelo cônjuge declarado único ou principal culpado. Ou seja, a obrigação de indemnizar imposta pelo artigo 1792º do CC, referia-se aos danos não patrimoniais causados pelo divórcio e não aos danos causados diretamente pela violação do dever conjugal. Já o n.º 2 deste artigo, estabelecia que o pedido de ressarcimento destes danos deveria ser feito na própria ação de divórcio.²⁶²

Posto isto, colocava-se a questão de saber, se da violação dos deveres conjugais, independentemente do divórcio, decorreria para o cônjuge lesado, o direito a ser indemnizado nos termos gerais da responsabilidade civil. Existiam então, na época, duas

²⁵⁹ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Núcleo...”, pág. 658.

²⁶⁰ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Núcleo...”, pág. 650.

²⁶¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “A Nova...”, pág. 6, consultado em 22 de Fevereiro de 2019.

²⁶² Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Núcleo...”, pág. 651.

perspetivas de resposta, uma que negava este direito, ancorada na tese da denominada fragilidade da garantia dos deveres conjugais e outra que sustentava esta possibilidade, considerando que os direitos conjugais revestiam a natureza jurídica de direitos subjetivos.²⁶³

Esta segunda versão era defendida, entre outros autores, por Jorge Duarte Pinheiro, que propugnava que o artigo 1792º do CC, enquanto norma especial, não levava à recusa da indemnização exclusivamente por violação dos deveres conjugais, que podia ser solicitada ao tempo da violação destes ou em concomitância com o pedido de divórcio. Para o autor, na ausência de um regime particular e face ao silêncio deste artigo quanto à reparação dos danos causados pela violação dos deveres, deveria recorrer-se ao regime geral.²⁶⁴

De facto, a redação anterior não levantava dúvidas de que não se referia à violação dos deveres conjugais. Apesar disso, parte da doutrina, entre esta Jorge Duarte Pinheiro como acabámos de ver, sustentava a possibilidade de indemnização do cônjuge lesado, em ação autónoma à do divórcio, mesmo na constância do casamento, nos termos gerais da responsabilidade civil. Considerando que os direitos conjugais revestiam a natureza jurídica de direitos absolutos com eficácia *erga omnes*, merecendo por isso a tutela do artigo 483º do CC.²⁶⁵ Acrescentava ainda este autor, que apesar do regime dos efeitos do divórcio conter uma vertente largamente sancionatória nesta época, não tronava inútil o recurso ao instituto da responsabilidade civil.²⁶⁶

A Lei n.º 61/2008, abandonou a relevância da culpa no divórcio como já vimos e por isso alterou também o regime que vigorava para a reparação dos danos assente na mesma. Hoje, o artigo 1792º/1 do CC dispõe que, “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns. “

Esta nova redação, tem levantado também grande divergência, ao remeter para a responsabilidade civil e ao não circunscrever os danos que são indemnizáveis, o que veio, a meu ver, gerar ainda mais dúvidas e possíveis interpretações do que a sua versão anterior. Os termos genéricos em que se refere à responsabilidade civil, deixam em aberto

²⁶³ Ac. Do STJ de 12 de Maio de 2016, processo n.º 2325/12.3TVLSB.L1.S1, consultado em 24 de Fevereiro de 2019. Acessível em: <http://www.dgsi.pt>

²⁶⁴ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Núcleo...”, pág. 678.

²⁶⁵ Ac. do STJ de 12 de Maio de 2016, processo n.º 2325/12. 3TVLSB. L1. S1, consultado em 24 de Fevereiro de 2019. Acessível em: <http://www.dgsi.pt>

²⁶⁶ Jorge DUARTE PINHEIRO, “O Núcleo...”, pág. 659.

a questão de saber se haverá indemnização por danos não patrimoniais exclusivamente por violação dos deveres conjugais ou se apenas quando estas violações forem equacionadas com a violação de direitos absolutos de personalidade.²⁶⁷

Caso se entenda que a segunda opção deve prevalecer e que a violação dos deveres conjugais não gera responsabilidade civil nos termos gerais, estes estão hoje praticamente destituídos de tutela, pois já vimos que se abandonaram praticamente todas as sanções que existiam ao nível da tutela familiar dos mesmos. Se formos neste sentido, podemos dizer que os deveres conjugais perderam de facto hoje a sua juridicidade, aproximando-se do que acontece na união de facto, em que se presume que estes deveres se cumprem, mas não há consequências pela sua violação. A não ser no que aos deveres de carácter patrimonial diz respeito, nos quais subsistiriam ainda assim algumas diferenças, por serem contratualmente assumidos em sede matrimonial, nomeadamente, no que diz respeito ao dever de assistência, como veremos em seguida.

A tutela familiar, é aquela que a lei estabelece concretamente para a violação de situações jurídicas familiares²⁶⁸ e era de facto muito mais intensa antes de entrar em vigor a Lei n.º 61/2008. A principal garantia exclusivamente familiar dos deveres conjugais, consistia na regulamentação das consequências do divórcio e da separação de pessoas e bens. Sendo decretada alguma destas duas situações, a sentença declarava se tinha havido culpa de um ou de ambos os cônjuges e na última hipótese, se a culpa de um fosse consideravelmente superior à do outro, qual deles era o principal culpado (1787º/1 do CC). A declaração de culpas pressupunha uma violação direta e culposa dos deveres conjugais, que tivesse provocado ou aprofundado a rutura da relação conjugal e o cônjuge declarado único ou principal culpado sujeitava-se às sanções patrimoniais que já referimos.

Hoje, a culpa no divórcio deixou de relevar e a tutela familiar dos deveres apenas permanece em raras situações. Como é o caso da obrigação de alimentos que surge após a rutura do casamento e que deriva do dever de assistência que subsiste após o término da relação. No caso da separação de facto, se esta não for imputável a nenhum dos cônjuges ou aos dois, qualquer um deles pode exigir alimentos ao outro, mas se for imputável apenas a um deles, em princípio, só o outro lhe pode exigir alimentos. Apenas

²⁶⁷ Daniel MORAIS e Jorge DUARTE PINHEIRO, " Hipóteses e Materiais para a Disciplina de Direito da Família", Lisboa, AAFDL editora, 2018, pág. 142.

²⁶⁸ Jorge DUARTE PINHEIRO, " O Direito da Família...", pág. 376.

excecionalmente, o cônjuge inocente ou menos culpado pode ser obrigado a prestar alimentos.²⁶⁹ Neste caso, a culpa ainda releva e o n.º 3 do 1675.º do CC, constitui assim um corpo estranho desde a abolição da culpa no divórcio com a Lei n.º 61/2008.²⁷⁰ Guilherme de Oliveira e Pereira Coelho, criticam mesmo esta solução, pois faz persistir no direito português a relevância da culpa, não no divórcio, mas na própria separação de facto, o que vai contra as intenções da lei de 2008.²⁷¹ Já em caso de divórcio, a culpa só releva se for totalmente injusto obrigar um cônjuge a prestar alimentos ao outro (2016.º/3 do CC), mas aqui o tribunal não pretende uma averiguação exaustiva da culpa.²⁷²

Em caso de violação do dever de contribuir para os encargos da vida familiar, a lei admite que seja instaurada uma ação destinada a exigir o seu cumprimento (1676.º/4 do CC), o que também consubstancia uma tutela familiar dos deveres conjugais.

Há ainda mais uma situação em que permanece esta tutela, mas neste caso contra terceiros. Quem contribuir para o incumprimento do dever de fidelidade, é afetado pela invalidade das liberalidades que tinham sido feitas pelo cônjuge adúltero (2196.º e 953.º do CC).²⁷³ Como é possível concluir, esta tutela continua a existir, embora com muito menos expressão.

Francisco Brito Pereira Coelho defende mesmo, que após as alterações de 2008, não é sequer possível dizer que os deveres conjugais são verdadeiros deveres jurídicos e que foi o próprio legislador que, deste modo, tornou o casamento num mero acordo, que não proporciona vinculação jurídica e no quadro do qual se espera que os cônjuges adotem certos comportamentos.²⁷⁴ E isto, como já vimos, é o que ocorre na união de facto, em que há uma presunção de que estes deveres vão ser cumpridos e na verdade, em ambas as figuras, a sua violação pode extinguir a relação, mas sem lugar a outras consequências ou sanções.

Para este autor, os deveres conjugais, estão hoje esvaziados das normais características de um dever jurídico, não só porque não há possibilidade de exigir o seu cumprimento, a não ser relativamente ao dever de assistência (1676.º/4 do CC), como porque só é possível a execução específica no caso em que Jorge Duarte Pinheiro o

²⁶⁹ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 369.

²⁷⁰ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", *idem ibidem*.

²⁷¹ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 417.

²⁷² GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova...", pág. 30, consultado em 2 de Março de 2019.

²⁷³ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 377.

²⁷⁴ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", págs. 87 e 90.

defende²⁷⁵ e que avançámos quando abordámos o conteúdo de cada um dos os deveres conjugais. Além disso, Francisco Brito Pereira Coelho, defende que a violação destes deveres não origina responsabilidade civil, como iremos ver. Por fim, acrescenta ainda, que não é possível resolver o contrato de casamento pelo incumprimento de deveres conjugais, dado que o que releva é a rutura da relação, independentemente do que a ela levou, o que mais uma vez não permite, segundo o seu entendimento, que se olhe para estes deveres como verdadeiros deveres jurídicos.²⁷⁶

Apesar disto, permanecem algumas sanções pelo incumprimento destes deveres, provenientes da ténue tutela familiar ainda existente, como acabámos de ver. Esta tutela, permite ainda assim, diferenciar estes deveres dos que são cumpridos na união de facto, que por não serem contratualmente assumidos, não existem sanções derivadas da sua transgressão, nem o seu cumprimento pode ser judicialmente exigido.

De qualquer modo, a diferença entre as duas figuras é cada vez menor, o casamento já não permite a mesma vinculação e a existência de deveres conjugais é cada vez menos um argumento válido para justificar a ausência de direitos nas uniões e a sua exclusão das relações de natureza familiar.²⁷⁷

Posto isto, é a tutela comum que agora nos interessa analisar, pois é a única que pode ainda traçar uma maior distinção entre os deveres cumpridos no casamento e na união de facto. Se concluirmos que esta existe, pelo menos uma das características acabadas de enunciar, ainda se verifica no que diz respeito aos deveres conjugais. Como refere Pamplona Corte-Real, o artigo 1792º/1 do CC, tem sido utilizado como uma tábua de salvação para os autores que continuam a sustentar, que após 2008, se continua a penalizar o cônjuge culpado.²⁷⁸

Jorge Duarte Pinheiro, continua a defender precisamente, perante a nova versão do artigo 1792º/1 do CC, a possibilidade de aplicação do estatuto da responsabilidade civil (483º do CC). Refere o autor que, independentemente do divórcio ou da separação de pessoas e bens, a violação de qualquer dever conjugal pode acarretar responsabilidade civil ao abrigo das regras gerais do artigo 483º do CC, o que no seu entender decorre claramente do artigo 1792º/1 do CC na redação dada pela Lei n.º 61/2008.²⁷⁹ Acrescenta

²⁷⁵ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", págs. 372.

²⁷⁶ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 90.

²⁷⁷ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", *idem ibidem*.

²⁷⁸ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, "Relance Crítico...", pág. 123.

²⁷⁹ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 377.

ainda que, desde que estejam preenchidos os pressupostos do dever de indemnizar, a responsabilidade civil é um instrumento de proteção de todos os direitos subjetivos, sem exceção.²⁸⁰

Rita Lobo Xavier, refere que hoje os deveres conjugais têm uma garantia frágil, nomeadamente ao nível da tutela familiar, pois não existe uma sanção eficaz para o seu incumprimento, exceto no que aos deveres patrimoniais diz respeito, cujo o cumprimento é exigível, como já se avançou. Porém, a autora, concorda com Jorge Duarte Pinheiro no que à tutela comum e à interpretação do artigo 1792º do CC diz respeito e refere a possibilidade de se obter uma indemnização nos termos gerais pela violação dos deveres, mas apenas no contexto do divórcio,²⁸¹ ao contrário de Jorge Duarte Pinheiro, que defende que esta indemnização pode ser pedida a todo o tempo, como *supra* se referiu.

Bárbara Viana, concordou com estes autores na sua recente tese de mestrado, onde veio criticar a doutrina que defende a fragilidade da garantia dos deveres conjugais, referindo que a entrada em vigor da lei de 2008, deixou claro que a violação dos direitos familiares gera responsabilidade civil.²⁸² Para a autora, a solução para a violação dos deveres conjugais, passa então pelo recurso ao instituto da responsabilidade civil, pois entende que o artigo 1792º/1 do CC permite a inclusão da violação destes no seu regime.²⁸³ Acrescenta ainda, que é hoje possível afirmar, sem qualquer dúvida, que tanto os danos patrimoniais como os danos não patrimoniais podem ser ressarcidos, bem como os danos decorrentes do divórcio ou os danos provocados pelo incumprimento dos deveres conjugais.²⁸⁴

Além disso, encontram-se idênticas conclusões na jurisprudência portuguesa. O acórdão do STJ de 12 de Maio de 2016 ²⁸⁵ conclui que, com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, se reforçou a tese da possibilidade de indemnização do cônjuge lesado pela violação dos deveres conjugais, por via do instituto geral da responsabilidade civil.

²⁸⁰ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 378.

²⁸¹ Rita LOBO XAVIER, "O Estatuto Privado" dos membros da União de Facto", RJLB, ano 2, nº1, 2016, pág. 1512.

²⁸² Bárbara Sofia ASSUNÇÃO VIANA, "A responsabilidade civil no âmbito conjugal, o caso particular da violação do dever de fidelidade", Dissertação de Mestrado em Ciências jurídico-privatísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob a orientação da Professora Doutora Rute Teixeira Pedro, Porto, 2017, pág. 34.

²⁸³ Bárbara Sofia ASSUNÇÃO VIANA, "A responsabilidade civil...", pág. 47.

²⁸⁴ Bárbara Sofia ASSUNÇÃO VIANA, "A responsabilidade civil...", pág. 53.

²⁸⁵ Ac. Do STJ de 12 de Maio de 2016, processo nº 2325/12. 3TVLSB. L1. S1, 2ª secção, consultado em 1 de Março de 2019. Acessível em: <http://www.dgsi.pt/>

No entanto, outra parte da doutrina, continua a defender a chamada tese da fragilidade da garantia dos deveres conjugais,²⁸⁶ na qual a violação destes não acarreta responsabilidade, mesmo com a atual redação do artigo 1792º do CC. Duas das vozes mais ativas neste sentido são as de José Silva Pereira e Carlos Pamplona Corte-Real, na opinião destes autores, o ponto de vista da doutrina que acabei de referir é inaceitável por vários motivos.

Em primeiro lugar, porque seria de alguma falta de bom-senso pensar na subsistência de um vínculo conjugal com pedidos de indemnização entre cônjuges.²⁸⁷ Estes autores dão assim relevância à ideia de paz familiar, sendo que a responsabilidade civil entre os cônjuges, por ilícito conjugal, aumentaria a conflitualidade.²⁸⁸ Jorge Duarte Pinheiro tenta refutar este argumento, referindo que a defesa da paz familiar através da imunidade do autor de um ato que ameaçou justamente essa mesma paz, tem algo de contraproducente e que além disso, é a falta de sanção que favorece a repetição do comportamento ilícito e com isso a destruição dos laços existentes.²⁸⁹

Em segundo lugar, porque para os autores, os deveres conjugais não são verdadeiros deveres jurídicos, opinião partilhada também por Francisco Brito Coelho, como já havia sido referido. Primeiramente, porque estão situados numa esfera de autonomia e de grande intimidade, pelo que, dizer que estes deveres são imperativos, embateria no direito ao livre desenvolvimento da personalidade (26º CRP). A acrescentar a esta situação, surge a eliminação da culpa na consecução do divórcio, o que para Pamplona Corte-Real, torna inconcebível que se continue a usar a terminologia deveres, pois estes pressupõem, sempre, uma sanção no caso de incumprimento culposos, algo que não existe desde 2008.²⁹⁰

E se não estamos perante verdadeiros deveres, não há direitos subjetivos correspondentes, nem responsabilidade civil pelo não cumprimento dos mesmos. Para estes autores, a imperatividade dos assim ditos deveres conjugais, reconduz-se à mera imperatividade de um projeto de vida em comum, representando tais deveres os instrumentos do mesmo, mas sempre exercidos com grandes margens de indeterminação e flexibilidade por cada casal. Ora, sendo esse projeto afetável por estas margens de

²⁸⁶ Ac. Do STJ de 12 de Maio de 2016, processo nº 2325/12. 3TVLSB. L1. S1, 2ª secção, consultado em 4 de Março de 2019. Acessível em: <http://www.dgsi.pt/>

²⁸⁷ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", págs. 80 e 81.

²⁸⁸ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Núcleo...", pág. 670.

²⁸⁹ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Núcleo...", pág. 671.

²⁹⁰ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, "Relance Crítico...", pág.117.

liberdade imponderáveis, o casamento corresponde a um mero acordo, onde os cônjuges vão definindo, pontualmente, o modo de execução destes deveres (1671º/2 do CC) e não a um contrato,²⁹¹ deixando assim pouca margem para traçar uma distinção entre casamento e união de facto e indo assim contra a opinião propugnada por Jorge Duarte Pinheiro que, como já vimos, defende que estes são verdadeiros deveres jurídicos, não obstante o seu carácter pessoal e que por isso deve operar a normal ressarcibilidade civil, a qualquer momento da vivência conjugal.²⁹²

Diogo Leite de Campos, também defende que os deveres conjugais não são verdadeiros, uma vez que o tribunal não pode obrigar os cônjuges ao cumprimento dos deveres de carácter pessoal, ou seja, o credor não pode exigir o cumprimento por parte do devedor, dado que estes deveres têm um elevado teor de privacidade e intimidade. E se a isto se juntar o direito à liberdade que cada um dos cônjuges tem, não se pode, segundo este autor, conferir o direito a uma indemnização por violação destes deveres, que acabam por não o ser verdadeiramente, pois que estão destituídos de algumas das suas características,²⁹³ à semelhança do que também Francisco Brito Pereira Coelho e Pamplona Corte-Real defendem, como acabámos de ver. Para este autor, a única consequência possível para a violação destes deveres é a dissolução do vínculo conjugal²⁹⁴ e esta consequência é a mesma que se verifica no âmbito de uma união de facto, se os seus membros não viverem em plena comunhão de vida.

O argumento da liberdade dos cônjuges é também avançado por Margarida Pereira, para a autora existe uma diferença entre promessa de prestação pessoal e direito a exigir o seu cumprimento pela contraparte e por isso se justifica, que os deveres conjugais tenham perdido as consequências diretas pelo seu incumprimento.²⁹⁵

Não obstante, a autora refere que relativamente aos deveres conjugais de carácter patrimonial, pode ainda haver lugar a uma sanção pelo seu incumprimento e que a tutela familiar dos deveres conjugais exarada ainda hoje na lei, prende-se maioritariamente, se não totalmente, com a violação destes deveres.²⁹⁶

²⁹¹ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", *idem ibidem*.

²⁹² Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 80.

²⁹³ Diogo LEITE DE CAMPOS, "Lições de Direito da Família e das Sucessões", 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, pág. 141.

²⁹⁴ Diogo LEITE DE CAMPOS, "Lições de Direito...", *idem ibidem*.

²⁹⁵ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág.268.

²⁹⁶ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. 271.

Já os deveres de conteúdo não patrimonial, tratam-se de comportamentos privados, pelo que o seu comportamento não fundamenta consequências jurídicas de decisão judicial.²⁹⁷

Para estes autores, o cumprimento das obrigações familiares pessoais, tem de ficar inteiramente ao critério do sujeito vinculado. Pelo que qualquer forma de pressão é inconcebível.

Jorge Duarte Pinheiro, por sua vez, apesar de admitir que o medo da indemnização pode influenciar o comportamento dos cônjuges,²⁹⁸ defende que o interesse do sujeito lesado na reparação deve prevalecer sobre a liberdade individual no âmbito do Direito matrimonial, como se depreende do regime da promessa de casamento, onde apesar da preocupação legal com o direito de não casar, prevalece a obrigação de indemnizar para quem romper injustificadamente a promessa (1594º/1 do CC). Pelo que, nesta sede, para o autor, o interesse na liberdade do sujeito vinculado não prevalece sobre o interesse no ressarcimento.²⁹⁹ Além disso, acrescenta que a constituição da obrigação de indemnizar é bastante difícil, pois depende do preenchimento de todos os pressupostos da responsabilidade civil.³⁰⁰

Embora o autor também reconheça, que relativamente à coabitação, a obrigação de comunhão sexual não é muito intensa, pois por força de direitos de personalidade sobreviventes ao casamento, os cônjuges gozam de alguma liberdade sexual, só havendo então violação se a recusa for prolongada, sistemática e injustificada.³⁰¹

De facto, a liberdade individual é um argumento bastante relevante, nomeadamente porque esta esteve na base das novas soluções da lei de 2008, que vieram facilitar o divórcio como já vimos e retirar relevância à culpa, ou seja, à violação dos deveres conjugais. Nas palavras de Pamplona Corte-Real, a revisão do Código Civil em matéria de divórcio, ponderou por um lado, o carácter livre e íntimo do casamento, facilitando o desenlace e demonstrando a falência do casamento³⁰² e, por outro, o

²⁹⁷ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", *idem ibidem*.

²⁹⁸ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Núcleo...", pág. 669.

²⁹⁹ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 379.

³⁰⁰ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Núcleo...", pág. 670 e Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", págs. 377e 378.

³⁰¹ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", 365.

³⁰² Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, "Relance Crítico...", pág.124.

reconhecimento de uma falível predisposição projetiva coexistencial, incompatível com uma ideia de culpa.³⁰³

Posto isto, o autor defende que a nova lei, além de eliminar a culpa, vem esclarecer que os ilícitos conjugais só são reparáveis se representarem ilícitos civis e, ou criminais autónomos, ou seja, se houver violação de direitos absolutos com a violação dos deveres conjugais.³⁰⁴ Para o autor, o artigo 1792º/1 do CC, refere-se a danos que não têm diretamente a ver com os deveres, mas sim com uma relação entre quaisquer cidadãos, aos quais se exige, porém, uma especial diligência face à intimidade da vivência partilhada.³⁰⁵ A questão é resolvida nos tribunais comuns, precisamente porque a problemática da culpa se desenvolve fora da órbita dos deveres conjugais³⁰⁶ e daí o referido artigo remeter para a reparação dos danos nos termos gerais da responsabilidade civil.³⁰⁷

Também Leite de Campos vai neste sentido, referindo que só haverá indemnização por violação de direitos absolutos de personalidade.³⁰⁸ Estes autores defendem então, que tal como na sua versão anterior, este artigo apenas possibilita a indemnização dos danos indiretamente causados pela violação dos referidos deveres, ou seja, quando a violação destes fira direitos absolutos do outro cônjuge.

De facto, a concessão de uma indemnização por violação culposa dos deveres conjugais não se conjuga com o propósito do legislador na lei de 2008, que quis afastar a apreciação da culpa no processo de divórcio. Uma ação de responsabilidade civil, por violação dos deveres conjugais, reintroduz a questão da culpa neste processo, sendo que é um pouco contraditório abolir a culpa na separação judicial, para depois impor ao cônjuge que violou os seus deveres conjugais a obrigação de pagar ao outro uma quantia em dinheiro.³⁰⁹ Ainda para mais, defender que é o artigo 1792º/1 do CC, que se encontra em sede de Direito da Família que dá esta indicação, quando a tutela familiar destes deveres foi quase extinta e tendo em conta que nem na sua anterior redação, o artigo se referia aos danos provocados diretamente pela violação dos deveres conjugais.

³⁰³ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 84. Verificar

³⁰⁴ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", *idem ibidem*.

³⁰⁵ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, "Relance Crítico...", pág. 124.

³⁰⁶ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, "Relance Crítico...", *idem ibidem*.

³⁰⁷ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", *idem ibidem*.

³⁰⁸ Diogo LEITE DE CAMPOS, "Lições de Direito...", pág. 142.

³⁰⁹ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Núcleo...", pág. 687.

Jorge Duarte Pinheiro refere, no entanto, que apesar da abolição do sistema do divórcio-sanção, fundado na violação dos deveres conjugais, o certo é que estes se mantiveram enunciados no artigo 1672º do CC. E que por isso, o casamento continua a ter carácter contratual e a tais deveres continua a ser atribuída juridicidade bastante para assegurar o compromisso de plena comunhão de vida, presente no artigo 1577º do CC.³¹⁰ O autor insurge-se assim, contra a posição defendida por Pamplona Corte-Real, que considera os deveres conjugais como meras obrigações naturais,³¹¹ tal como na união de facto. Acrescenta ainda, que a tutela autónoma dos deveres nos termos gerais da responsabilidade civil, já era admitida antes pela doutrina maioritária e pela jurisprudência e que agora está, inclusive, ressalvada no nº 1 do artigo 1792º do CC.³¹²

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, entendem precisamente, que a Lei n.º 61/2008 pretendeu esclarecer, com a alteração ao artigo 1792º/1 do CC, que há lugar para o recurso às regras da responsabilidade civil. Porém, ao eliminar o divórcio por violação dos deveres conjugais e toda a relevância da culpa, deixou estes deveres sem garantia. A responsabilidade civil que o artigo menciona, é então apenas aquela que se funda na violação de direitos absolutos, independentemente da condição de cônjuge do lesante ou do lesado.³¹³ Ou seja, o artigo apenas estabelece que certos factos praticados por um cônjuge, podem constituir ilícitos civis, por violação dos direitos de personalidade do outro cônjuge, dignos de tutela do Direito.³¹⁴

Posto isto, Guilherme de Oliveira, conclui que os ilícitos que podem fundamentar esta obrigação de indemnizar, não resultam da mera violação de deveres especificamente conjugais, mas sim da violação de deveres gerais de respeito, de ofensas a direitos de personalidade e a direitos fundamentais. Por exemplo, o adultério ou a violação do dever de respeito não são, só por si, fundamento para uma indemnização, mas sê-lo-ão se houver violação do direito absoluto que é a integridade moral do outro cônjuge (70º/1 do CC).³¹⁵

Deste modo, ambos os autores referidos, defendem que a violação dos deveres conjugais tecnicamente não tem hoje sanção, embora no âmbito do 1781º/d) do CC) se

³¹⁰ Daniel Silva MORAIS e Jorge DUARTE PINHEIRO, "Hipóteses e Materiais...", pág. 145.

³¹¹ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", págs. 30 e 40 a 42.

³¹² Daniel Silva MORAIS e Jorge DUARTE PINHEIRO, "Hipóteses e Materiais...", pág. 146.

³¹³ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 184.

³¹⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova...", pág. 21, consultado em 10 de Março de 2019.

³¹⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA, "A Nova...", *idem ibidem*, consultado em 10 de Março de 2019.

exija a prova de factos que consubstanciem a rutura da relação conjugal e esses factos possam ser a violação grave e repetida destes deveres. Mas neste caso e como já se disse, é a rutura e não os factos que a indiciam que justificam a dissolução formal do casamento e a prova dos factos não tem de apurar as culpas, nem daí se retiram consequências.³¹⁶

Jorge Duarte Pinheiro refere, no entanto, que é injustificado o ceticismo acerca da harmonia entre um regime de direito matrimonial que é regido pelo princípio da rutura e um regime geral de responsabilidade civil subordinado pelo princípio da culpa, até porque antes da lei de 2008, também coexistia no próprio direito matrimonial, um regime causal do divórcio, moldado em simultâneo pelo princípio da rutura e pelo princípio da culpa.³¹⁷

Além disso, para o autor, o sentido do recuo do princípio da culpa, em caso algum corresponde à negação da tutela dos deveres conjugais. No âmbito das causas de divórcio, o triunfo da rutura exprime um progresso em matéria da liberdade de extinção do estado de casado e no contexto das consequências reage-se contra a inadequação concreta das sanções ditadas por um sistema de declaração da culpa rígido, ou seja, só se questionaram as sanções do Direito da Família, mas não se recusou a ideia de sanção.³¹⁸

Francisco Brito Pereira Coelho, porém, também entende que a indemnização a que este artigo se refere é pela violação de direitos absolutos. Acrescenta ainda, que a remissão para os termos gerais da responsabilidade civil, significa justamente, que só haverá reparação dos danos sofridos independentemente do estado de casado. Além disso, defende que o direito à indemnização só pode ser exercido no momento do divórcio, pois a localização sistemática do artigo assim o indica, tal como na sua versão anterior, embora nesta fosse feita referência direta aos danos causados pela dissolução do casamento.³¹⁹

Jorge Augusto Pais de Amaral, coloca os deveres conjugais no mesmo patamar em que estes existem no seio da união de facto, ou seja, para o autor, não podem existir sanções pelo seu incumprimento, pois considera que estes deveres não são verdadeiros deveres jurídicos, mas sim poderes funcionais³²⁰ e que por isso, não existe um direito subjetivo correspondente na outra parte, contrariamente ao que defende Jorge Duarte

³¹⁶ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", págs. 407 e 408.

³¹⁷ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Núcleo...", pág. 688.

³¹⁸ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Núcleo...", pág. 689.

³¹⁹ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", págs. 87 e 88.

³²⁰ Jorge AUGUSTO PAIS DE AMARAL, "Direito da Família e das Sucessões", Almedina, 5ª edição, 2018, pág. 21.

Pinheiro. Deste modo, tal como os autores anteriores, defende que pode haver responsabilidade civil, mas apenas se houver a violação de um direito de personalidade e não diretamente pela violação dos referidos deveres.³²¹

Margarida Pereira é também defensora deste entendimento, para a autora, os deveres conjugais não são suscetíveis de indemnização enquanto expressões de deveres matrimoniais. O que na realidade pode ser objeto de indemnização, é a lesão de um direito de personalidade ocorrida na sequência do incumprimento de um dever conjugal.³²²

Acrescenta ainda, que o artigo 1792º do CC, não se refere a danos decorrentes diretamente da violação de deveres conjugais, mas sim a danos pessoais que hajam sido sofridos pelos cônjuges enquanto titulares de direitos de personalidade e não em virtude do seu matrimónio.³²³

Quanto aos tribunais, concediam e continuam a conceder, indemnizações por violação destes deveres, entendendo que os danos causados por ilícito conjugal estão sujeitos ao regime geral da responsabilidade civil.³²⁴ A única diferença, é que com a nova redação do artigo 1792º do CC, só os danos referidos no seu nº 2 é que devem ser invocados na ação de divórcio, quanto aos restantes danos sofridos pelo cônjuge que se considere lesado, a sua reparação terá que ser pedida em ação declarativa comum. Enquanto que na versão anterior, todos os danos causados pela dissolução do casamento, deveriam ser invocados na ação especial de divórcio sem consentimento do outro cônjuge. E apenas os correspondentes à violação dos deveres conjugais em ação comum e não por via do artigo 1792º do CC, pois este só se referia aos danos causados pela dissolução do casamento, mas sim do artigo 483º do mesmo diploma. Atualmente, no entendimento da jurisprudência, o artigo 1792º/1 do CC refere-se a todos os danos resultantes da dissolução do casamento e da violação direta dos deveres conjugais, embora em ambos os casos, se tenha de demonstrar que estão preenchidos os pressupostos do artigo 483º do CC.³²⁵

³²¹ Jorge AUGUSTO PAIS DE AMARAL, "Direito da Família e das...", pág. 22.

³²² Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", págs. 273 e 274.

³²³ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. 279.

³²⁴ Por exemplo, Ac. Do STJ de 12 de Maio de 2016, Proc. nº 2325/12.3TVLSB.L1.S1 e de 17 de Setembro de 2013, Proc. Nº 5036/11.3TBVNG.P1.S1, consultados em 15 de Março de 2019. Acessíveis em: <http://www.dgsi.pt/>

³²⁵ Ac. do STJ de 17 de Setembro de 2013, Proc. Nº 5036/11.3TBVNG.P1.S1, consultado em 25 de Março de 2019. Acessível em: <http://www.dgsi.pt>

Na minha opinião, a atual versão do artigo 1792º/1 do CC, não se refere aos danos diretamente provocados pela violação dos deveres conjugais, uma vez que a violação destes deveres deixou de ter relevância, pelo menos para o Direito da Família. O que este artigo parece ter vindo dizer, é que os danos causados pelo outro cônjuge, devem ser pedidos em ação comum e nos termos da responsabilidade civil comum, porque está em causa a violação de direitos absolutos. E que só os danos resultantes da situação referida no artigo 1792º/2 do CC, devem ser invocados na ação de divórcio, ao contrário da solução anterior, em que todos os danos causados pelo divórcio podiam ser pedidos na ação especial de divórcio litigioso.

Creio que o legislador quis, precisamente, abandonar a relevância da violação dos deveres conjugais, assim como facilitar o divórcio, tornando o casamento menos vinculativo e dando preponderância à liberdade dos cônjuges. Tornando-o assim, cada vez mais parecido com a união de facto, em que não há qualquer consequência pela violação destes deveres, uma vez que não são contratualmente assumidos e onde o vínculo termina por uma mera vontade unilateral nesse sentido. Embora ainda existam diferenças, hoje, pelo menos a tutela familiar dos deveres conjugais é quase nula, com as exceções das situações que já se referiram e independentemente de se aceitar ou não a tutela comum destes deveres.

Como podemos concluir, independentemente desta discussão, ao nível da tutela familiar são hoje escassas as sanções pelo incumprimento dos deveres conjugais, o que leva a uma perda de juridicidade dos mesmos e até do próprio carácter contratual do casamento.³²⁶ Ficando assim mais próximos dos deveres que se cumprem na união de facto, apesar de neste caso as partes não se terem vinculado juridicamente ao seu cumprimento. Especialmente no que diz respeito aos deveres de carácter pessoal, cujo cumprimento não é exigível, o que faz com que ainda possuam menos características de um verdadeiro dever jurídico.

Maria Margarida Pereira, refere precisamente, que não faz sentido abolir a violação culposa dos deveres conjugais como fundamento do divórcio e admitir que esta mesma culpa, dê azo a que se instaure uma ação por violação culposa destes mesmos deveres.³²⁷

³²⁶ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 90.

³²⁷ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. 279.

Posto tudo isto, cabe dizer que a ideia de que certas normas do casamento pressuporiam um dever conjugal e nessa conformidade seriam insuscetíveis de se aplicar analogicamente à união de facto, precisamente porque estes sujeitos não assumiram quaisquer deveres, parece desajustada do direito matrimonial atual, no âmbito do qual, os deveres conjugais se apresentam como um puro quadro formal.³²⁸ Vivendo os unidos de facto em condições análogas às dos cônjuges e com a perda de importância dos deveres conjugais no casamento, penso que é um argumento diferenciador do regime das duas figuras que faz cada vez menos sentido. De facto, o que diferencia o casamento da união de facto é que no primeiro, a plena comunhão de vida corresponde ao cumprimento de deveres contratualmente assumidos e na união a plena comunhão de vida é um facto e não corresponde à execução de um contrato.³²⁹ Mas se hoje os deveres no casamento não se afiguram como verdadeiros deveres e se, por isso e por tudo o que já se foi avançando, o casamento perdeu muito do seu carácter contratual e está cada vez mais reduzido aos factos em que se traduz a comunhão de vida,³³⁰ a diferença entre as figuras surge mínima e cada vez mais contrastante com a falta de efeitos sucessórios e patrimoniais nas uniões.

Além de tudo isto, julgo que a inexistência de deveres contratualmente assumidos na união nunca seria, de qualquer modo, argumento suficiente para negar tutela a uma comunhão de vida idêntica à dos cônjuges, pois que se trata de um argumento puramente formal e a convivência e o relacionamento efetivo surgem cada vez mais importantes do que qualquer vínculo jurídico.

No entanto, este argumento, continua a ser usado para recusar a aplicação analógica dos artigos 1691º/1/b) e 1676º/2 ambos do CC ou a obrigação de alimentos subsequente ao divórcio (2016º e 2016º/A do CC), o que cada vez menos se justifica.

Cabe ainda acrescentar, que se o artigo 1792º/1 do CC se refere a quaisquer danos que tenham sido provocados a um dos cônjuges pelo outro membro do casal, também hoje, alguns autores, defendem que na união de facto pode haver uma indemnização pelos danos causados por uma rutura injustificada da relação.

Rita Lobo Xavier, refere que a rutura unilateral da união de facto é livre e sem formalidades e que por isso dela não resulta qualquer dever de indemnizar por danos que se possam verificar. Para a autora, tudo o que tenha sido prestado na sequência da rutura

³²⁸ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", págs. 100 e 101.

³²⁹ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", págs. 77 a 79.

³³⁰ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 93

da união será feito no cumprimento de uma obrigação natural e estará por isso sujeito ao respetivo regime.³³¹

Já França Pitão, aceita que se conceda esta indemnização, tanto no caso de danos patrimoniais como não patrimoniais. Defende o autor, que apesar da falta de previsão legal, o artigo 2º/1 da Lei n.º 7/2001 (3º/2 na redação de 2010) estabelece que é possível aplicar aos conviventes qualquer norma em vigor tendente à proteção jurídica da união de facto. Ora, para o autor, o espírito desta norma é possibilitar a aplicação analógica à união de facto, de todas as normas que possam proteger os seus membros, se e na medida em que se justifique uma equiparação com o casamento e desde que não contenda com normas imperativas, de aplicação exclusiva a este.³³² E neste caso, para o autor, uma vez que a separação pode causar danos, tal como no casamento, esta indemnização é justificável.³³³

CAPÍTULO III

NATUREZA JURÍDICA DA UNIÃO DE FACTO

Como vamos ver em seguida, o facto de se classificar a união de facto como figura de natureza jurídica familiar ou parafamiliar traz várias consequências relativamente ao tema que aqui me propus analisar. De facto, a circunstância de a união de facto ter sido considerada como uma figura de natureza jurídica não familiar e ainda hoje o ser por alguns autores, em muito contribui para a insuficiência de efeitos sucessórios neste âmbito. Por isso, em conjunto com a questão relativa aos deveres contratualmente assumidos no casamento, é de extrema importância e será aqui analisada com algum detalhe.

Posto isto, cabe então perceber, se a união de facto se enquadra num ou noutro conceito, sendo certo que a doutrina entra em divergência quanto a este aspeto e que a união de facto é a relação cuja qualificação como familiar tem sido mais controvertida.³³⁴

³³¹ Rita LOBO XAVIER, "O" Estatuto Privado...", pág. 1538.

³³² José António de FRANÇA PITÃO, "Unões...", pág. 122.

³³³ José António de FRANÇA PITÃO, "Unões...", pág. 123.

³³⁴ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 56.

Para concluir num ou noutro sentido, irei começar por abordar o conceito constitucional de família, com o objetivo de tentar perceber se a união de facto se pode aqui enquadrar.

1. A INDEMNIZAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS PROVENIENTES DA MORTE DO COMPANHEIRO E O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA

A Lei n.º 7/2001 na redação que lhe foi dada em 2010, veio incluir o membro sobrevivente da união no elenco do artigo 496º do CC, mais precisamente no seu n.º 3 ao lado dos descendentes, conferindo-lhe o direito a uma indemnização por danos morais em caso de morte do seu companheiro, como já havia mencionado anteriormente.

No entanto, antes da atual redação da lei entrar em vigor, discutia-se a conformidade à CRP do artigo 496º/2 do CC, precisamente por não incluir no seu elenco o unido de facto. No acórdão do TC n.º 275/2002, foi declarada a inconstitucionalidade da referida norma, por violação do artigo 36º/1 da CRP conjugado com o princípio da proporcionalidade, na parte em que excluía o unido de facto sobrevivente do seu elenco e por consequência do direito a esta indemnização.³³⁵ Ou seja, a discussão subjacente à inclusão ou não do unido de facto no elenco deste artigo, tinha por base a questão de saber se a união de facto caberia no artigo 36º da CRP, mais precisamente, no conceito constitucional de família. Pelo que esta alteração legislativa vem, quanto a mim, pôr um ponto final nesta discussão e é um forte indicador da atual orientação do legislador ordinário, que por sua vez está vinculado ao entendimento constitucional.

Para que possamos perceber melhor toda esta questão é necessário, como já se entendeu, fazer um enquadramento constitucional da união de facto, começando precisamente pelo artigo 36º/1 da CRP. Este artigo, determina que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. Alguns autores, sustentam que esta norma reconhece implicitamente a união de facto como relação jurídica familiar. Já outra parte da doutrina, rejeita esta inclusão e refere que o legislador ordinário não está por isso obrigado a reconhecer a união de facto como relação de natureza familiar.³³⁶

O panorama doutrinário relativamente a esta questão tem, no entanto, vindo a sofrer mudanças com as sucessivas alterações à redação da lei da união de facto. O facto

³³⁵ Acórdão do TC n.º 275/2002, Processo n.º 129/2001, 2.ª secção, consultado em 25 de Março de 2019.

Acessível em: <https://dre.pt>

³³⁶ Rita LOBO XAVIER, "O" Estatuto Privado... ", pág. 1504.

de os efeitos jurídicos das uniões terem aumentado, juntamente com a perda de importância conferida ao casamento e à sua vinculatividade, faz com que as figuras sejam hoje vistas como similares e não só a sociedade, como a maioria da doutrina e jurisprudência portuguesa, passaram a olhar para a união de facto como tendo natureza familiar e como estando incluída no conceito constitucional de família. Mas nem sempre assim foi, antes da entrada em vigor da lei de 99 e mesmo aquando da sua vigência, a maioria da doutrina entendia o contrário,³³⁷ sem prejuízo de ainda hoje alguns autores o continuarem a defender, como já referi.

Segundo Cristina Araújo Dias, o artigo 36º da CRP compreende dois direitos, que o próprio legislador separou por não serem uma e a mesma coisa, o direito de casar e o direito de constituir família. Deste modo, entende a autora, que este direito não está vedado a quem não quer contrair matrimónio, havendo variadas formas de constituir família, pelo que a união de facto se inclui neste artigo.³³⁸ Este entendimento é partilhado também por Telma Carvalho, na sua dissertação de mestrado.³³⁹

Cristina Araújo Dias acrescenta ainda, que este artigo pode não ter sido elaborado com o objetivo de incluir as uniões de facto, mas que não obstante, a noção constitucional de família tem de acompanhar a evolução social e atualmente existem vários tipos de família, como se sabe.³⁴⁰ Sendo que todas elas merecem tutela constitucional, mesmo que esta não seja feita nos mesmo moldes, mas pelo contrário, adequada às necessidades específicas de cada modelo familiar. À tradicional família nuclear assente no casamento, podem “opor-se” hoje, as famílias de facto, monoparentais, recombinações e homossexuais, entre outras.³⁴¹ E a legislação tem de acompanhar esta evolução, sob pena de algumas famílias merecerem proteção e outras não, o que seria de uma profunda injustiça.

Na sua anotação ao artigo 36º da CRP, Jorge Miranda e Rui Medeiros, defendem também, que a união de facto tem uma tutela direta na Constituição, por via deste artigo. O direito de constituir família não é então, apenas produto do casamento, mas pode

³³⁷ Rita LOBO XAVIER, “Novas sobre...”, pág. 1396.

³³⁸ Cristina ARAÚJO DIAS, “Da Inclusão Constitucional Da União de Facto: Nova Relação Familiar” em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume VI, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, pág. 453.

³³⁹ TELMA CARVALHO, “Dissolução...”, págs. 11 e 12.

³⁴⁰ Cristina ARAÚJO DIAS, “Da Inclusão Constitucional...”, pág. 454.

³⁴¹ Cristina ARAÚJO DIAS, “Da Inclusão Constitucional...”, pág. 456.

também resultar da constituição de uma união de facto estável e duradoura, onde os seus membros vivem em condições análogas às dos cônjuges.³⁴²

Margarida Pereira, refere mesmo, que o fundamento constitucional da união de facto não levanta nenhuma questão e que o mesmo resulta do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (22º CRP) e do direito a constituir família (36º/1CRP).³⁴³

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, explicam que este artigo suscita diversas interpretações. Para os autores que rejeitam a inclusão da união de facto no mesmo, “o direito a constituir família” é referente à filiação, ou seja, é apenas o direito de procriar e de estabelecer as correspondentes relações de maternidade e paternidade.³⁴⁴ A segunda parte do artigo, refere-se ao direito de contrair casamento, sendo que a vertente negativa deste direito não é o direito de constituir uma união de facto, mas sim o direito de não casar.³⁴⁵

Almeida Lopes, interpreta este artigo ainda de uma outra forma, para o autor, a primeira parte do artigo, refere-se ao direito a constituir família através do casamento e a segunda parte do preceito é relativa à igualdade entre os cônjuges.³⁴⁶ Julgo que a conjunção “e” no artigo 36º/1 da CRP, nos leva a entender que constituir família e, por outro lado, constituir família, mas com base no matrimónio, são dois direitos distintos. Além disso, o artigo 36º/3 da CRP já vem estabelecer a igualdade entre cônjuges.

Os autores que rejeitam a inclusão da união de facto no conceito constitucional de família, usam também como argumento, o facto de as uniões não constarem do artigo 1576º do CC,³⁴⁷ mas como veremos, isso não implica que não hajam outras formas de criar relações jurídico-familiares. Além disso, é a legislação ordinária que está sujeita à noção constitucional de família e não o contrário, pelo que este argumento não obsta à inclusão da união de facto na previsão do artigo 36º da CRP.³⁴⁸

A acrescentar ao que já foi dito, este “direito de constituir família” foi adotado em documentos internacionais, como por exemplo no artigo 9º da Carta dos Direitos

³⁴² JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 402.

³⁴³ Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, pág. 590.

³⁴⁴ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso...”, pág. 60.

³⁴⁵ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso...”, pág. 61.

³⁴⁶ José Joaquim ALMEIDA, “A União de Facto no Direito Português”, Separata da Revista Espanhola de Derecho Canónico, vol. 50, nº134, Salamanca, 1993, pág. 246.

³⁴⁷ Cristina ARAÚJO DIAS, “Da Inclusão Constitucional...”, pág. 456.

³⁴⁸ Cristina ARAÚJO DIAS, “Da Inclusão Constitucional...”, pág. 457.

Fundamentais da União Europeia, com o propósito explícito, de reconhecer as leis dos estados que foram abrindo reconhecimento jurídico às uniões de facto.³⁴⁹

Para Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, independentemente desta discussão, o Estado sempre teria de proteger a união de facto por via do artigo 26º/1 da CRP, relativo ao direito de livre desenvolvimento da personalidade, dado que a união de facto é uma opção de vida e por isso qualquer legislação que a proibisse ou penalizasse seria inconstitucional por violação deste direito.³⁵⁰

Na verdade, concordo com estes autores e com Rita Lobo Xavier,³⁵¹ quando dizem que a proteção constitucional da união de facto deve também ser vista à luz do artigo 26º da CRP. No entanto, o artigo 67º deste mesmo diploma, contempla um princípio de proteção da família e, por isso, ao reconhecermos que a união de facto se enquadra no conceito de família constitucional, o Estado terá o dever de proteger também as uniões. Caso contrário, só lhes será conferida proteção nos termos acima indicados e que acho manifestamente insuficientes, dado a semelhança convivencial entre união de facto e casamento. Posto isto, é possível ver a importância que tem a inclusão da união de facto no âmbito do conceito constitucional de família.

Cumprе então entender, em que termos deve ser conferida proteção às uniões de facto, visto que o Estado está obrigado a tal, por via da conjunção dos artigos 36º/1 e 67º da CRP.

Todos os autores que foram sendo referidos, concordam que nem o princípio de proteção da família, nem o da igualdade, presente no artigo 13º da CRP, implicam que o legislador preveja um regime para a união de facto idêntico ao do casamento.³⁵² Desde logo, o princípio da igualdade, apenas exige que se trate de forma igual o que é igual, proibindo diferenças de tratamento arbitrárias, pelo que não há base legal para se aplicar o regime do casamento à união de facto, visto que são modelos familiares diferentes.³⁵³

A solenidade do casamento e a assunção de deveres conjugais, apesar de não serem suficientes para dizer que a união não tem natureza familiar, legitimam diferenças de regime. Não faria sequer sentido que existissem dois regimes iguais, nem os unidos de facto o quereriam.

³⁴⁹ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 61.

³⁵⁰ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", págs. 55 e 118.

³⁵¹ Rita LOBO XAVIER, "O" Estatuto Privado... ", pág. 1506.

³⁵² JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, "Constituição...", pág. 402.

³⁵³ Rita LOBO XAVIER, "O" Estatuto Privado... ", pág. 1506 e Cristina ARAÚJO DIAS, "Da Inclusão Constitucional...", pág. 460.

Rui Medeiros e Jorge Miranda, referem mesmo, que o princípio da autonomia privada dos membros da união de facto não permitiria a existência de dois regimes iguais. Segundo estes autores, o legislador não pode esquecer que no casamento, as pessoas quiseram alterar o estatuto jurídico da sua relação, por via de um contrato e que na união de facto os intervenientes não quiseram assumir os direitos e obrigações do casamento. Não é possível impor determinadas regras a quem, conscientemente e voluntariamente, não quis o regime do casamento,³⁵⁴ ideia que é partilhada também por Cristina Araújo Dias.³⁵⁵ Além disso, se a Constituição configura a família como uma realidade mais ampla do que a que resulta do casamento, como já referimos, as diversas realidades familiares têm diferentes planos de consagração constitucional³⁵⁶ e por isso são protegidas de forma diversa.

Este entendimento é também seguido por Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, que referem que as duas figuras são materialmente distintas precisamente pelas razões apontadas no parágrafo anterior.³⁵⁷ Acrescentam ainda, que uma lei que equiparasse o regime da união de facto ao do casamento, seria inconstitucional por violação do direito de não contrair matrimónio, resultante como já vimos, da vertente negativa da segunda parte do artigo 36º/1 da CRP. Defendem, portanto, com base no artigo 26º, que a CRP não permite penalizar a união de facto, mas que também não permite equipara-la ao casamento, entre estas duas balizas valerá o princípio democrático, que permite ao legislador ordinário conformar livremente o regime da união de facto.³⁵⁸

Rita Lobo Xavier, refere que o artigo 67º da CRP não impõe ao legislador ordinário a atribuição de efeitos favoráveis à união de facto, mas que também não proíbe que este lhe conceda os efeitos que tenha por adequados.³⁵⁹ Na minha opinião, apesar de não se puderem equiparar os dois regimes pelo que já foi sendo exposto, julgo que se estamos perante um princípio de proteção da família e estando a união de facto enquadrada no artigo 36º/1 da CRP, o legislador tem o dever e não apenas a possibilidade de conferir proteção às uniões de facto nos termos do referido artigo 67º da CRP, ainda que não exatamente nos mesmos moldes em que confere proteção ao casamento.

³⁵⁴ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, "Constituição...", pág. 403.

³⁵⁵ Cristina ARAÚJO DIAS, "Da Inclusão Constitucional...", pág. 463.

³⁵⁶ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, "Constituição...", pág. 692.

³⁵⁷ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", 2016, pág. 62.

³⁵⁸ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", 2016, pág. 64.

³⁵⁹ Rita LOBO XAVIER, "O Estatuto Privado...", pág. 1506.

Estamos, quanto a mim, perante dois modelos de vida familiar constitucionalmente protegidos. Pelo que, nomeadamente nos momentos de dissolução, têm de haver regras jurídicas que tragam alguma equidade e proteção. E o próprio legislador ordinário já o tem feito, não só pela alteração do artigo 496º do CC, mas também pela alteração dos regimes de acesso às prestações por morte, ao direito a alimentos da herança e no que diz respeito à casa de morada de família.

Esta é precisamente a dificuldade da análise que me propus realizar, pois os intervenientes na união, não quiseram vincular-se a um contrato nem ao cumprimento dos deveres que dele advém. No entanto, acho que ainda há espaço para uma maior proteção desta figura, sem que haja equiparação ao casamento e sem ferir a opção dos intervenientes na união. A diferença de tratamento entre as duas figuras é ainda abissal, nomeadamente no que aos direitos sucessórios diz respeito, como já tivemos oportunidade de perceber. E se não for justificada, violará o princípio da igualdade ou da proporcionalidade em conjugação com o artigo 36º da CRP. Tal como acontecia, não só no caso do artigo 496º do CC, mas também, por exemplo, no caso do acesso à pensão de sobrevivência, pontos estes que já foram alterados pelo legislador. Posto tudo isto, não é possível perceber, como é que o membro sobrevivente da união de facto não é ainda sequer herdeiro legal do seu companheiro, aspeto que será discutido com maior pormenor mais à frente.

No referido acórdão nº 275/2002, o TC entendeu que o artigo 496º /2 do CC, ao não incluir o unido de facto, violava o artigo 36º/1 da CRP, baseando a sua fundamentação na inclusão da união de facto no conceito constitucional de família, como já aqui referi. É dito no mesmo, que havendo o direito de constituir família sem ser por matrimónio, como resulta do artigo 36º/1 da CRP e se o Estado tem de garantir a proteção das famílias, segundo o artigo 67º/1 CRP, não pode proteger menos a união de facto só porque é uma família que não assenta no matrimónio. Acrescentou ainda, que negar a indemnização por danos morais resultantes da morte de um dos companheiros, resultaria numa excessiva e desproporcional diferença de tratamento entre casamento e união de facto. Apesar disto, o TC também não defendeu que os regimes do casamento e da união deveriam ser idênticos, aliás, não se refere sequer à violação do princípio da igualdade neste caso.³⁶⁰

³⁶⁰ Acórdão do TC nº 275/2002, Processo n.º 129/2001, 2ª secção, consultado em 25 de Março de 2019. Acessível em: <https://dre.pt>

Os acórdãos seguintes do TC,³⁶¹ porém, não declararam a inconstitucionalidade da norma. Jorge Duarte Pinheiro,³⁶² justifica esta situação, com a circunstância de a decisão do primeiro acórdão se ter baseado na natureza familiar da união de facto, entendimento não acolhido pelo autor, como teremos oportunidade de ver.

Mas, na verdade, estes dois acórdãos, apesar de não considerarem o artigo 496º/2 do CC inconstitucional, também não se pronunciaram no sentido de que a união de facto não tem natureza familiar e referem até a sua inclusão no artigo 36º da CRP. A argumentação destes dois acórdãos, vai antes no sentido de que o lesante não contava com esta indemnização e que, nestes casos, não seria desproporcional não a conferir ao unido de facto, por não serem situações tão graves como o homicídio doloso, que era o crime em causa no primeiro acórdão referido. Nestes dois acórdãos posteriores, estávamos perante casos de acidentes de viação, dos quais resultou a morte, mas por ato negligente.

Estes argumentos não relevam muito para a nossa análise, pois não se baseiam propriamente na diferenciação entre união de facto e casamento, mas sim em defender que a questão no primeiro acórdão referido seria substancialmente diferente. Algo que o voto de vencido ao acórdão do TC n.º 87/2007 criticou, pois na verdade a questão subjacente era exatamente a mesma, saber se o artigo 496º/2 do CC era inconstitucional por não incluir no seu elenco o unido de facto, independentemente das circunstâncias em que ocorreu a morte, desde que de forma ilícita.

A nova redação do artigo parece, no entanto, ter vindo colocar um ponto final em toda esta discussão, alargando a proteção das uniões de facto a este caso.³⁶³ Mas esta situação coloca algumas questões, que também Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira colocaram a propósito deste acórdão. Estes autores, discordaram da decisão do TC, no ponto em que considerou o artigo 496º/2 do CC inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade conjugado com o artigo 36º/1 da CRP, pois seguindo este raciocínio, o facto de o cônjuge sobrevivente ser herdeiro legítimo e o companheiro não ser sequer herdeiro legal do membro falecido da união também teria de o ser.³⁶⁴

³⁶¹ Acórdãos do TC n.º 86/2007, processo n.º 26/2004 e n.º 87/2007, processo n.º 995/2005, 2ª secção, consultados em 30 de Março de 2019. Acessíveis em: <https://dre.pt>

³⁶² Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 544.

³⁶³ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", pág. 104.

³⁶⁴ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", *idem ibidem*.

Tendo a concordar com esta opinião, a diferença de soluções quanto a este aspeto é, na minha opinião, também inconstitucional, pelos mesmos motivos que enumerou este acórdão e pela violação do princípio da igualdade. Aqui, mais do que em qualquer outro ponto e como referem os autores, há uma desproporção flagrante entre os dois regimes,³⁶⁵ quanto a mim injustificada. O que, no entanto, não obsta a que concorde com a decisão do acórdão proferido pelo TC, pois qualquer diferença de tratamento desproporcional e injustificada é inconstitucional, tendo em conta que estamos perante dois modelos familiares que se enquadram no artigo 36º/1 da CRP.

Os votos de vencido ao acórdão n.º 275/02, utilizam como argumento, a diferença entre a duas figuras e assentam essa diferença nos únicos aspetos em que já vimos que estas diferem, as formalidades. Tanto na sua constituição, como na sua extinção e relativamente à assunção contratual dos deveres conjugais. Pontos que têm vindo a perder importância em sede de matrimónio, como já vimos.

Acrescentam ainda, observando a questão do prisma da igualdade e tendo em conta que não foi assim que foi colocada pelo acórdão em apreço, que não tem de haver tratamento paritário entre as duas figuras, uma vez que, na união de facto, não há um vínculo negocial e assim foi querido pelas partes, situação com a qual concordo. No entanto, estes argumentos, não são determinantes para dizer que a união de facto não tem carácter familiar e muito menos para negar esta indemnização. Estes danos morais resultam de uma relação de afeto em plena comunhão de vida, tal como se de um casamento se tratasse e que em nada deixa de o ser pela ausência de um vínculo matrimonial. Os regimes não têm de ser equiparados, mas não podem haver diferenças de tratamento injustificadas e desproporcionais, uma vez que é dever do Estado proteger todas as famílias, independentemente do vínculo assumido.

Relativamente ao artigo 36º da CRP invocado pelo acórdão, o voto de vencido também não refere que a união de facto não cabe nesta norma e que por isso não tem natureza familiar, mas sim que a indemnização por dano proveniente da morte não é um direito que tenha de ser constitucionalmente imposto para proteger a família, até porque, por exemplo, os ascendentes também são familiares e não têm a mesma proteção que é dada ao cônjuge quanto a este aspeto. Quanto a mim este argumento não procede, pois, o unido de facto, ocupa em termos relacionais com o *de cuius*, exatamente o mesmo

³⁶⁵ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, "Curso...", *idem ibidem*.

patamar afetivo do cônjuge sobrevivente, uma vez que são igualmente parceiros íntimos que vivem em plena comunhão de vida. Além disso, o unido de facto sobrevivente, não aparecia no elenco do artigo nem em posição secundária como sucede com os ascendentes, pelo que reitero que não havia nenhum motivo para a diferenciação que não fosse puramente formal, o que por si só não a justificava.

2. DISCUSSÃO EM TORNO DA NATUREZA JURÍDICA DA UNIÃO DE FACTO

Acabámos de concluir que a união de facto se enquadra no conceito constitucional de família e que o reconhecimento do direito à indemnização aqui referida é um cumprimento, por parte do legislador ordinário, dos desígnios constitucionais e uma assunção dessa mesma natureza. Margarida Pereira, defende precisamente, que esta alteração demonstra uma assunção, por parte do legislador, de que a união de facto tem natureza familiar, pois trata-se de uma indemnização pelo sofrimento de um ente tão próximo quanto os descendentes do *de cujus*.³⁶⁶ Mas existem vários outros pontos que contribuem para que se conclua pela natureza familiar da união de facto e que iremos agora analisar, assim como as posições doutrinárias de alguns autores, pois, apesar de tudo, a questão é ainda bastante controvertida.

A noção jurídica de família está implicitamente presente no artigo 1576º do CC, que considera como fontes das relações jurídico familiares, o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção.³⁶⁷

Facilmente se conclui, que a união de facto não é uma fonte de relações familiares, segundo a previsão deste artigo. Não podemos, no entanto, esquecer ao tempo que o CC está em vigor e as mudanças, não só a nível jurídico como social, que operaram relativamente à união de facto desde então e que podem alterar esta conceção. Além do mais, variada doutrina, entre ela Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, defendem ser admissível que se acrescentem outras relações familiares a este elenco expresso. Segundo estes autores, o direito português concebe noções mais amplas e menos técnicas de família em vários domínios, como por exemplo no Direito da Segurança Social, onde o unido de facto faz parte do “agregado familiar”. Pelo que, para estes autores, há que ter

³⁶⁶ Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, pág. 596.

³⁶⁷ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso...”, pág. 32.

em conta que existem domínios em que, excecionalmente, a união de facto merecerá essa qualificação, apesar de não constar do elenco do referido artigo.³⁶⁸

Apesar disso, estes autores parecem defender a natureza parafamiliar das uniões, dado que definem estas relações como sendo conexas com as de família e equiparadas a elas apenas para determinados efeitos, tal como a união de facto no caso do Direito da Segurança Social, em que excecionalmente é equiparada a uma relação familiar.³⁶⁹

No entanto, os autores enumeram alguns argumentos em sentido contrário. Como por exemplo, o já referido artigo 9º da CDFUE e o facto de a Lei n.º 7/2001 na sua atual redação, usar a expressão “casa de morada de família”, sendo que anteriormente eram usadas as expressões “residência comum” ou “casa de morada comum”.³⁷⁰ E admitem mesmo, que a união de facto está a caminhar no sentido da natureza familiar, se é que ainda não é admitida como tal,³⁷¹ até pelo aumento do número de uniões e pela perda de valor da Igreja e do Estado como instâncias legitimadoras da comunhão de vida e pelo avanço do movimento que confere maior importância à relação pura, independentemente das formalidades subjacentes.³⁷²

Mas não foi apenas nos aspetos já referidos, que a atual redação da LUF deu indicações no sentido da natureza familiar da união de facto. Ao aproximar, como já tivemos oportunidade de analisar, o regime dos direitos do unido de facto sobrevivente aos do cônjuge sobrevivente também o fez, nomeadamente, no que diz respeito ao direito de habitar a casa de morada de família e ao uso do seu recheio. Ainda para mais, porque o fez com o objetivo de garantir a continuidade do ambiente familiar, que o legislador admite assim existir em ambas as figuras.

Relativamente a este direito, acresce ainda o facto de esta proteção ser hoje imperativa. O que é, mais uma vez, uma assunção por parte do legislador, de que esta figura tem natureza familiar e que se enquadra no referido artigo 36º da CRP, pelo que o Estado tem o dever de a proteger nos termos do artigo 67º da CRP. Se a união de facto não tivesse natureza familiar e não se enquadrasse, por isso, neste artigo, dificilmente se iriam prever efeitos imperativos para proteger os seus membros. Parece então, que o legislador está claramente a assumir a natureza familiar das uniões.

³⁶⁸ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso...”, pág. 66.

³⁶⁹ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso...”, pág. 37.

³⁷⁰ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso...”, pág. 67.

³⁷¹ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso...”, pág. 56.

³⁷² Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso...”, pág. 67.

Rute Teixeira Pedro, parece ir também neste sentido, ao referir que o facto de o companheiro sobrevivente aparecer como sucessível de forma imperativa, demonstra que a noção de família está cada vez mais abrangente também para efeitos sucessórios.³⁷³ No entanto, o unido de facto, continua a não ser herdeiro legal do seu companheiro e passados nove anos desde a entrada em vigor da atual redação da LUF, ainda não houveram alterações aos efeitos por morte previstos, continuando a mesma, a conferir apenas este direito sucessório, como já vimos.

Um dos pontos mais importantes na atual redação da LUF é que veio também demonstrar que o legislador começa a reconhecer a união como sendo uma figura de natureza familiar, foi a própria noção de união de facto, uma vez que se exige agora que os companheiros vivam em condições análogas às dos cônjuges, ou seja, em plena comunhão de vida.³⁷⁴

Margarida Pereira, defensora da natureza jurídica familiar da união de facto, refere mesmo, que não se pode separar a natureza material de duas realidades cujo conteúdo pessoal pressupõe esta aproximação.³⁷⁵

Outro dos pontos relevantes, é o deferimento das responsabilidades parentais para o unido de facto, se o membro do casal que é progenitor se encontrar impedido de as exercer, desde a Lei n.º 137/2015 (1904º e 1911º/1 do CC). Margarida Pereira, defende mesmo, ser impossível justificar a atribuição de tal responsabilidade ao unido de facto, sem se partir do pressuposto de que este e o progenitor da criança formam uma família.³⁷⁶

Mais recentemente, temos ainda a determinação, pela Lei n.º 49/2018, de que o acompanhamento do maior deve ser deferido ao seu cônjuge ou unido de facto. Pelo que, novamente, não faria sentido a assunção desta responsabilidade sem ser por um familiar.³⁷⁷

De facto, o que separa as duas figuras, como temos vindo a observar, são as formalidades exigidas para a sua constituição e extinção, a assunção contratual de certos deveres e os efeitos patrimoniais e sucessórios.³⁷⁸ Tudo isto, são argumentos puramente formais, que não obstam a que estejamos perante uma figura com natureza familiar e que

³⁷³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Breves reflexões...", pág. 345.

³⁷⁴ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. 593.

³⁷⁵ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", *idem ibidem*.

³⁷⁶ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. 597.

³⁷⁷ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. *idem ibidem*.

³⁷⁸ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", págs. 593 e 594.

para além disso, perderam grande parte do seu fundamento, como já tivemos oportunidade de concluir. Além do exposto, a sociedade vê cada vez mais as duas figuras como equivalentes, uma vez que estas têm igual conteúdo relacional e afetivo e atualmente é isso que mais releva. Margarida Pereira, refere mesmo, que são estritos argumentos formais os que podem obstar à natureza familiar das uniões, mas que sem estes argumentos, é impossível encontrar um conceito de família onde não caibam as uniões de facto.³⁷⁹

Acrescenta ainda, que a não inclusão da união de facto no Código Civil, não confere um estatuto de menoridade às uniões, sendo apenas um modo de adaptação às sucessivas alterações legislativas que se têm registado, pois a codificação não permitiria tamanha plasticidade.³⁸⁰

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, como já referimos, chamam precisamente a atenção para a perda de valor do Estado e da Igreja como instâncias legitimadoras da comunhão de vida e para o movimento no sentido da “relação pura”, independente de referências externas. O que faz com que o critério para responder à questão que aqui queremos solucionar, seja agora mais subjetivo e atento às práticas sociais e menos institucional ou formal.³⁸¹ Posto isto, o argumento que distancia as duas figuras, derivado do formalismo de uma e da informalidade de outra perde cada vez mais espaço.

A sociedade deixou de ver o casamento como o único modelo familiar disponível, aliás, a união de facto ganha cada vez mais importância, pois começa a ser vista como modelo equivalente, capaz de cumprir as mesmas funções do casamento. O que se alia à perda de vinculatividade e relevância do matrimónio e à aproximação de certos efeitos jurídicos entre as duas figuras. Tudo isto, leva a uma maior proximidade, já não só social, mas também jurídica entre união de facto e casamento.³⁸²

Apesar disto, Jorge Duarte Pinheiro, defende que a união de facto não tem natureza familiar, assentando precisamente a sua opinião nos aspetos formais que a separam do casamento. Refere o autor, que a constituição ou, pelo menos, a extinção de uma relação jurídica familiar, por facto distinto da morte, implica um ato de uma autoridade estatal e que a durabilidade virtual é uma característica das relações familiares que as uniões de

³⁷⁹ Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, pág. 597.

³⁸⁰ Maria MARGARIDA PEREIRA, “Direito da Família”, pág. 601.

³⁸¹ Francisco PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “Curso...”, pág. 67.

³⁸² Francisco BRITO PEREIRA COELHO, “Os Factos...”, pág. 101.

facto não têm, pois, a sua dissolução e constituição é totalmente informal.³⁸³ Este argumento parece-me, pelas referidas razões, ultrapassado. Não só porque o divórcio está hoje muito mais facilitado, como porque as uniões de facto, para serem protegidas, ou até mesmo para que exista uma união, dependendo do entendimento seguido, têm de durar pelo menos há dois anos, pelo que também se lhes exige alguma durabilidade. Na verdade, um casamento produz efeitos mesmo que as partes se acabem de conhecer no momento da sua celebração e mesmo que se divorciem pouco tempo depois, o que se tornou bastante comum na sociedade atual.

O autor acrescenta ainda, que a união de facto tem natureza parafamiliar, também por ser semelhante a uma figura de natureza familiar, como é o casamento. Estas semelhanças assentam, segundo Jorge Duarte Pinheiro, no facto de os membros da união viverem em condições análogas às que são exigidas no casamento. E que além disso, para que as uniões de facto sejam protegidas, têm de durar há pelo menos dois anos, como acabado de referir, requisito que, segundo o autor, introduz o paralelo com a durabilidade das relações familiares.³⁸⁴ Embora, utilize também o critério da durabilidade para distanciar as duas figuras, pelo que parece surgir aqui um pouco contraditório. Por fim, adita ainda que, no momento da sua extinção, as uniões produzem um efeito civil de proteção de residência, parecido com o originado no casamento.³⁸⁵ De facto, tendo em conta todas as semelhanças apontadas, nomeadamente a analogia convivencial, julgo que é necessário refletir e perguntar, se estritos argumentos formais devem impedir que a união de facto seja considerada uma figura jurídica familiar.

Para França Pitão, a união de facto, não se deve qualificar como uma relação familiar em sentido estrito, isto porque, não se encontra no elenco do artigo 1576º do CC,³⁸⁶ o que já vimos não impedir que existam outras relações familiares, ainda que não indicadas no elenco deste artigo. Para além disso, acrescenta ainda, que o casamento se realiza num quadro legal pré-definido (1577º do CC), ao contrário do que acontece na união de facto.³⁸⁷ Para o autor, a união, é então uma situação de facto semelhante ao casamento, a que a lei atribuí relevância em situações pontuais³⁸⁸ e por isso tratasse de

³⁸³ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 555.

³⁸⁴ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", págs. 555 e 556.

³⁸⁵ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 556.

³⁸⁶ José António de FRANÇA PITÃO, "Uniões...", pág. 35.

³⁸⁷ José António de FRANÇA PITÃO, "Uniões...", pág. 36.

³⁸⁸ José António de FRANÇA PITÃO, "Uniões...", pág. 37.

uma família em sentido lato, constitucionalmente reconhecida.³⁸⁹ Mais uma vez, podemos concluir, que os argumentos diferenciadores utilizados assentam numa perspetiva puramente formal.

Rita Lobo Xavier, defende a natureza parafamiliar das uniões ³⁹⁰ e assenta a sua opinião nos aspetos que já fomos referindo, desde logo, no facto de nas relações familiares existirem direitos e deveres jurídicos recíprocos.³⁹¹ No entanto, como já concluímos, estes deveres têm cada vez menor juridicidade no casamento e são cumpridos também nas uniões, apesar de não serem contratualmente assumidos. A própria autora, refere que é característica das relações familiares a fragilidade da garantia, uma vez que não existe hoje uma sanção eficaz para o incumprimento destes deveres, exceto no que se refere aos deveres de conteúdo puramente patrimonial, cujo cumprimento é exigível.³⁹² Acrescenta ainda, os mesmos argumentos que Jorge Duarte Pinheiro, relativamente à durabilidade das relações jurídico familiares³⁹³ e à tipicidade das mesmas,³⁹⁴ que já foram aqui analisados.

Telma Carvalho, na sua dissertação de mestrado, defende a inclusão da união de facto na previsão do artigo 36º/1 da CRP, como já havíamos referido. Os argumentos que utiliza para o reconhecimento da união de facto como relação familiar são, a evolução social, que é obviamente apreendida pelo Direito ³⁹⁵ e o crescente reconhecimento de efeitos jurídicos a esta figura.³⁹⁶ De facto, as uniões têm cada vez mais expressão, não só pelo aumento dos seus números, como dos seus efeitos jurídicos e tendem a ser vistas como equivalentes ao casamento, pelo que dizer que estas não têm natureza familiar cada vez menos se justifica. ³⁹⁷

A autora acrescenta ainda, a circunstância de os unidos de facto viverem em plena comunhão de vida, tal como os cônjuges, o que faz com que a figura se afaste das relações fortuitas que não se coadunam com uma relação jurídica familiar, pelo que o argumento avançado por parte de alguma doutrina, relativamente à durabilidade das relações

³⁸⁹ José António de FRANÇA PITÃO, " Uniões...", pág. 116.

³⁹⁰ Rita LOBO XAVIER, " O" Estatuto Privado...", pág. 1513.

³⁹¹ Rita LOBO XAVIER, " O" Estatuto Privado...", pág. 1511.

³⁹² Rita LOBO XAVIER, " O" Estatuto Privado...", pág. 1512.

³⁹³ Rita LOBO XAVIER, " O" Estatuto Privado...", pág. 1511.

³⁹⁴ Rita LOBO XAVIER, " O" Estatuto Privado...", pág. 1512.

³⁹⁵ TELMA CARVALHO, " Dissolução...", pág. 16.

³⁹⁶ TELMA CARVALHO, " A União de Facto como...", pág. 36.

³⁹⁷ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, " Os Factos...", pág. 101.

familiares, não tem hoje fundamento, como já havíamos concluído.³⁹⁸ Acrescenta ainda, Margarida Pereira, que a atual noção de união de facto, ao exigir que o casal viva há dois anos em condições análogas às dos cônjuges para que exista uma união de facto, exige, consequentemente, que só uma relação consolidada, duradoura e estável seja classificada como tal, o que consubstancia mais um indicador por parte do legislador no sentido da natureza familiar das uniões,³⁹⁹ desvanecendo ainda mais este argumento diferenciador avançado por alguma doutrina, como acabámos de ver.

Telma Carvalho defende ainda, que o artigo 1576º do CC não é taxativo, limitando-se a enunciar algumas fontes de relações jurídicas familiares, pelo que não obsta à classificação da união de facto como tal.⁴⁰⁰

Pamplona Corte-Real, defende também a natureza familiar das uniões de facto. Para este autor, a união de facto é um verdadeiro casamento informal,⁴⁰¹ visto que há uma plena analogia no plano convivencial entre as duas figuras. Refere que se trata do mesmo afeto, da mesma assistência e cooperação, do mesmo respeito e da mesma modelação de um dia a dia a dois.⁴⁰² Para o autor, entendimento que subscrevo, não serão os aspetos formais a obstar à similitude estrutural da convivência entre companheiros e cônjuges e por tudo isto, as duas figuras têm uma dignidade exatamente igual.⁴⁰³

Relativamente ao argumento de que o artigo 1576º do CC seria taxativo, Pamplona Corte-Real, responde que seria de estranhar que o Direito da Família, não procurasse a essência comum às relações familiares que constam do elenco deste artigo e visse que outras preenchem esses parâmetros em termos analógicos.⁴⁰⁴ Para o autor, esta essência comum, é fundamentalmente, a virtual ou efetiva perdurabilidade das relações, que sublinha o carácter presumivelmente afetivo que lhes é inerente.⁴⁰⁵ Ora as duas figuras são tendencialmente duradouras, como já vimos, sendo por isso também presumivelmente equivalentes em termos afetivos. De facto, família é afeto e por isso tem

³⁹⁸ TELMA CARVALHO, "Dissolução...", págs. 16 e 18.

³⁹⁹ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. 599.

⁴⁰⁰ TELMA CARVALHO, "Dissolução...", págs. 17 e 18.

⁴⁰¹ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 51.

⁴⁰² Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 50.

⁴⁰³ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 51.

⁴⁰⁴ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, "Relance Critico...", pág. 104.

⁴⁰⁵ Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, "Relance Critico...", pág. 109.

de ser um instituto pré-jurídico e não reconduzida a uma construção jurídica.⁴⁰⁶ E se é afeto, não é possível diferenciar união de facto e casamento.

CAPÍTULO IV

DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA EM TORNO DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS DO CASAMENTO À UNIÃO DE FACTO

Acabámos de percorrer todos os pontos de aproximação entre união de facto e casamento, nomeadamente, a natureza familiar, o cumprimento ainda que informal dos deveres conjugais na união e a perda de juridicidade destes no âmbito do casamento, a progressiva desregulação e a facilidade do divórcio no matrimónio e a, embora insuficiente, aproximação da proteção conferida por morte ao membro sobrevivente do casal, concedida nas duas figuras. Pontos que contribuíram para a perda da vinculatividade⁴⁰⁷ e da solenidade do casamento, que se opunha à informalidade das uniões e que sempre foram utilizados como argumentos no sentido de distanciar os dois regimes. O que, associado ao já referido imobilismo sucessório, culminou numa grande discrepância de efeitos por morte entre as duas figuras, que, por todos estes motivos, surge hoje injustificada.

É agora o momento de propor soluções para esta problemática, analisando a opinião dos diversos autores, que não é unânime, como já seria de esperar numa matéria de tamanha sensibilidade. Parte da doutrina, defende como possível solução, a aplicação analógica do regime sucessório do casamento à união de facto, por outro lado, alguns autores, não veem a solução como viável, embora também defendam que deve ocorrer uma melhoria no estatuto do convivente sobrevivente.

Cristina Araújo Dias, refere que a aplicação analógica pressupõe, desde logo, uma lacuna verdadeira e própria, ou seja, não se pode falar numa lacuna só porque não há regulação jurídica, pois essa falta de regulamentação pode ter sido querida pelo

⁴⁰⁶ JEMOLO, "La Famiglia e il Diritto", in "Pagine Sparse di Diritto e Storiografia", Giuffrè, 1957, pág. 222 e ss.

⁴⁰⁷ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 90.

legislador e aí não existirá lacuna, não havendo então lugar à aplicação analógica de determinadas normas. Acrescenta ainda, que se de facto estivermos perante uma lacuna, a sua integração far-se-á através da aplicação analógica do regime geral e não do regime específico do casamento, para o qual o legislador intencionalmente não remeteu.⁴⁰⁸ Para a autora, o facto de o legislador saber da falta de regulamentação na união de facto e não remeter para a aplicação do regime do casamento, não nos permite aplicá-lo analogicamente, pois estamos perante uma lacuna intencional.⁴⁰⁹ Além disso, existindo uma lacuna, o recurso à analogia só é possível se as situações forem similares e para a autora, a similitude convivencial entre as duas figuras não é suficiente, pois existe a diferença de não ter havido vinculação jurídica na união de facto.⁴¹⁰ Finalmente, refere que pelo menos algumas regras do casamento, têm um carácter excecional neste domínio, relativamente ao regime geral do direito comum, não sendo por isso possível, o recurso à analogia, uma vez que as normas excecionais não o permitem (11º do CC). Por tudo isto, tem-se recorrido às regras de direito comum para regular os momentos de rutura das uniões.⁴¹¹

Cristina Araújo Dias, entre vários outros autores que já tivemos oportunidade de apontar, refere também, que o artigo 13º da CRP e o princípio da proteção da união de facto enquanto figura de natureza familiar, não exigem que se trace um regime igual para as duas figuras.⁴¹² Na união de facto não há vínculo jurídico, pelo que as duas figuras são diferentes e por isso não há base legal para que se estenda todo o regime legal do casamento à união de facto.⁴¹³ Até porque, nesse caso, uma delas seria desnecessária. E apesar de reconhecer que a união de facto carece de maior proteção, dado os problemas que esta suscita no momento da dissolução,⁴¹⁴ entende ainda assim, que a ausência de vínculo jurídico e a inexistência de qualquer manifestação por parte dos companheiros de se quererem sujeitar ao regime do casamento,⁴¹⁵ não permite fazer produzir numa relação de facto, efeitos jurídicos não queridos pelas partes.⁴¹⁶

⁴⁰⁸ Cristina ARAÚJO DIAS, "Da Inclusão...", pág. 464.

⁴⁰⁹ Cristina ARAÚJO DIAS, "Da Inclusão...", *idem ibidem*.

⁴¹⁰ Cristina ARAÚJO DIAS, "Da Inclusão...", pág. 465.

⁴¹¹ Cristina ARAÚJO DIAS, "Da Inclusão...", *idem ibidem*.

⁴¹² Cristina ARAÚJO DIAS, "Da Inclusão...", pág. 468.

⁴¹³ Cristina ARAÚJO DIAS, "Da Inclusão...", pág. 460.

⁴¹⁴ Cristina ARAÚJO DIAS, "Da Inclusão...", pág. 464.

⁴¹⁵ Cristina ARAÚJO DIAS, "Da Inclusão...", pág. 463.

⁴¹⁶ Cristina ARAÚJO DIAS, "Da Inclusão...", pág. 464.

Rita Lobo Xavier, não vai em sentido muito diferente de Cristina Araújo Dias e refere que as normas do casamento não devem ser aplicadas analogicamente à união de facto pela diferença entre as duas figuras. Se os companheiros não assumiram responsabilidades recíprocas análogas às dos cônjuges e se não há um compromisso, pelo menos juridicamente semelhante, o princípio da igualdade não é violado por um tratamento diferenciado, mas sim por um tratamento igual.⁴¹⁷

Apesar disso, a autora reconhece que há aspetos em que há uma efetiva semelhança com o que ocorre nas uniões e aí poderá justificar-se que a lei confira as mesmas soluções. Como, por exemplo, aconteceu com o direito à casa de morada de família, uma vez que os companheiros adotam também uma residência comum.⁴¹⁸

Pamplona Corte-Real,⁴¹⁹ refere que existe entre as duas figuras uma verdadeira analogia no plano convivencial e por isso também nos problemas que surgem em caso de dissolução, seja por morte ou por rutura e que, como tal, carecem de regulação. Aponta então, que a desigualdade de regimes que a lei traça é chocante, uma vez que a diferença entre as duas figuras é puramente formal e que por isso, a união de facto se reconduz verdadeiramente a um casamento informal.⁴²⁰ Além disso, já vimos que as formalidades que as separam, são cada vez um argumento mais frágil.

Posto isto, o autor defende que se justifica a aplicação pelo intérprete, tanto quanto possível e por motivos de uma clara analogia *legis*, de todos e cada um dos aspetos do regime do casamento que forem ajustadamente transponíveis para a união de facto. Para o autor, enquanto não houver uma alteração legislativa, no sentido de o instituto do casamento abarcar todos os tipos de convivência plena entre duas pessoas, têm que se ir buscar aplicações pontuais por transposição.⁴²¹

Para Pamplona Corte-Real, a solução analógica parece consentânea com a plenitude de comunhão de vida inerente à união de facto, em tudo sobreponível à comunhão de vida conjugal. Por isso, tendo em conta que, para o autor, os companheiros vivem num autêntico regime de separação de bens segundo as soluções da LUF,⁴²² estes devem poder beneficiar de uma quota legal na herança um do outro, tal como os cônjuges casados neste regime. Sendo a união de facto um instituto de índole realmente

⁴¹⁷ Rita LOBO XAVIER, "O" Estatuto Privado...", pág. 1507.

⁴¹⁸ Rita LOBO XAVIER, "O" Estatuto Privado...", págs. 1507 e 1508.

⁴¹⁹ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 50.

⁴²⁰ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 51.

⁴²¹ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", *idem ibidem*.

⁴²² Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 69.

sobreponível ao casamento, o autor entende que o interprete deverá, face à identidade substancial das duas situações e em homenagem ao princípio da proporcionalidade (dado que a união de facto também tem natureza familiar) e ao princípio da igualdade,⁴²³ aplicar analogicamente ao unido de facto sobrevivente a qualidade de herdeiro legítimo e legitimário.

Como já foi possível entender, toda esta problemática tem subjacente o princípio da igualdade consagrado no artigo 13º da CRP e daí a pertinência da sua análise aquando do enquadramento constitucional da união de facto. Neste ponto, concluímos que o mesmo não obriga a que haja um tratamento igual entre as duas figuras, dado que são dois modelos familiares ligeiramente distintos, essencialmente porque os membros da união não se quiseram vincular juridicamente aos efeitos imperativos do casamento o que é, na minha opinião, o argumento mais válido para diferenciar os regimes. Pelo que, alguns autores, defendem uma solução menos abrangente neste ponto, apesar de também entenderem que deve haver uma aproximação de regimes, como referi no início deste capítulo.

É o caso de Francisco Brito Pereira Coelho, para o autor, a identidade que se reconhece entre as duas figuras, nomeadamente após a entrada em vigor da atual redação da LUF e da Lei nº 61/2008, contrasta com a escassíssima atribuição de efeitos que é dada às uniões.⁴²⁴ Mas, por outro lado, reconhece que também existem algumas diferenças entre as duas figuras, nomeadamente, porque a união de facto não tem natureza de negócio jurídico e por isso não pode produzir os efeitos negociais que o casamento produz.⁴²⁵ Defende então, que não se pode recusar liminarmente, a possibilidade de aplicação analógica às uniões, de normas pertencentes ao regime do casamento, isto porque, existe uma analogia entre as duas figuras que resulta, como já se disse, da própria noção de união de facto e também do facto do casamento já não representar o mesmo compromisso constitutivo de deveres jurídicos. Mas, apesar disso, entende também que não se poderá aplicar analogicamente todas as normas do casamento à união de facto, pois a analogia só pode abranger os efeitos legais do casamento, ou seja, os que são fundados na simples existência de uma comunhão de vida. E que além disso, terá ainda

⁴²³ Carlos PAMPLONA CORTE- REAL e José SILVA PEREIRA, "Direito da Família, Tópicos...", pág. 71.

⁴²⁴ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 102.

⁴²⁵ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 82.

de se perceber, caso a caso, quais os interesses em presença e a *ratio* da norma eventualmente aplicável.⁴²⁶

Francisco Brito, refere ainda, que a analogia já foi reconhecida pela própria lei, que tem vindo a aumentar as consequências do tipo protetivo nas uniões, reportando-se a mecanismos que já existiam para o casamento, nomeadamente, no que toca à casa de morada de família, ao direito a exigir alimentos da herança, ao direito às prestações sociais por morte e à indemnização por danos morais resultantes da morte.⁴²⁷ No entanto, não se trata aqui propriamente de uma aplicação analógica, pois é a própria lei que prevê regimes idênticos nestes pontos e faz todo o sentido que o faça, dadas as semelhanças entre os problemas levantados e interesses a salvaguardar. Mas neste caso, os conviventes já sabem que normas lhes serão aplicadas quando decidem viver em união de facto, preservando-se assim a sua segurança jurídica e liberdade.

Tendo em conta que a diferença de regimes, nomeadamente a nível sucessório, é de facto bastante marcante e dada a crescente proximidade entre as duas figuras, tanto a nível social como jurídico,⁴²⁸ o autor defende, não só um melhoramento da posição do companheiro sobrevivente, como um enfraquecimento da posição do cônjuge, que é hoje demasiado beneficiado, como já tivemos oportunidade de ver. E que, dada a similitude, nomeadamente convivencial, entre as duas figuras, se devem equiparar os efeitos sucessórios dos dois modelos familiares,⁴²⁹ embora não da forma sugerida por Pamplona Corte-Real.

Refere o autor, que sendo o casamento cada vez menos vinculativo e cada vez mais precário com a facilitação do divórcio, acaba por ter, após o seu termo, uma perpetuidade que não tem durante a sua vigência, pois o seu regime sucessório foi pensado para o velho casamento, perpétuo e de forte carga vinculativa. Além disso, acrescenta que o argumento no sentido de valorizar o casamento que durou até à morte, uma vez que este tem atualmente um carácter precário, é completamente falível, pois não se pode garantir que o casamento iria perdurar por mais tempo e este pode, inclusive, ter durado muito pouco tempo, se a morte ocorreu pouco depois da sua celebração.⁴³⁰ Por outro lado, a exigência de solidariedade em favor do cônjuge não justifica também tão elevado grau de

⁴²⁶ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", págs. 83 e 84.

⁴²⁷ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 97.

⁴²⁸ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 102.

⁴²⁹ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 103.

⁴³⁰ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 104.

proteção sucessória,⁴³¹ além de que, também o unido de facto, merece esta solidariedade dada a analogia convivencial entre as duas figuras, com a mesma partilha de uma vida em comum. Na qual também já se reconheceu que existe partilha patrimonial e assistência, ainda que informal. Pelo que, segundo o autor, o argumento de que a solidariedade após a morte assenta na assunção contratual do dever de assistência, se encontra também desfasado da realidade, não só pelo que se acabou de referir, como devido à precaridade dos deveres conjugais em sede de casamento. Além disso, não seria seguro que se continuasse, por tempo indeterminado, a cumprir este dever e a juntar a isto, há que ter em conta que a transmissão hereditária em muito ultrapassa a lógica alimentar e assistencial.⁴³² A todos estes fatores, podemos ainda juntar os argumentos que foram avançados quando se criticou o atual estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente.

Posto isto, defende o autor, que o cônjuge sobrevivente deveria apenas ser herdeiro legítimo, assim como o unido de facto protegido, embora este numa posição inferior à dos ascendentes e descendentes.⁴³³ De facto, o próprio legislador, com a recente alteração legislativa que veio possibilitar a renúncia, por parte do cônjuge, à posição de herdeiro legitimário, parece admitir que o cônjuge já não precisa dos seus privilégios sucessórios, pelo menos não de forma imperativa. Embora ainda faça depender esta situação da vontade do cônjuge em renunciar.

Também para Jorge Duarte Pinheiro⁴³⁴, as normas do casamento não se aplicam em bloco à união, nem se poderiam aplicar, pois tal situação iria ferir o direito de não casar de quem optou por não o fazer. Tendo a concordar com esta opinião, de facto há que ter cautela com a aplicação analógica de medidas do casamento, dado que os membros da união não se quiseram vincular a estas regras. Embora, como defende Jorge Duarte Pinheiro, poderá fazer sentido aplicar algumas normas da união conjugal aos conviventes, já que a LUF ainda não as prevê expressamente.⁴³⁵

Imaginemos, por exemplo, que os companheiros não se casaram precisamente porque um dos membros, ou ambos, assumiu perante os seus filhos que os direitos sucessórios destes não seriam alterados pela vinda à sucessão de um cônjuge. Não será então violador da sua liberdade, o intérprete aplicador vir dizer que o membro sobrevivente

⁴³¹ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 105.

⁴³² Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", *idem ibidem*.

⁴³³ Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", págs. 103 e 104.

⁴³⁴ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 531.

⁴³⁵ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito da Família...", pág. 532.

da união é afinal herdeiro legitimário e legítimo, sem as partes de antemão o saberem? Parece-me claramente que a resposta só pode ser afirmativa.

Apesar disto, Jorge Duarte Pinheiro, também crítica que a lei ignore completamente a união de facto no campo da sucessão legal hereditária, beneficiando apenas dos legados legais já mencionados, referentes à casa de morada de família e ao respetivo recheio. Para o autor, não faz sentido que o companheiro sobrevivente possa ter estado quase toda a vida com o seu companheiro, mas a lei prefira entregar o *relictum* livre ao Estado, se não houverem outros herdeiros legítimos.⁴³⁶ O que é de facto chocante, uma vez que os unidos de facto podem ter partilhado a vida durante anos, em condições análogas às dos cônjuges e isso é completamente ignorado pelo legislador a nível sucessório.

Este autor, como já tivemos oportunidade de ver, também critica o atual estatuto do cônjuge sobrevivente e defende a relevância do relacionamento concreto com o *de cujus*.⁴³⁷ O Direito das Sucessões, tem então de reforçar o estatuto do companheiro sobrevivente e ser mais sensível às características concretas da relação conjugal.⁴³⁸ Tendo por base estas ideias e tendo em conta que em termos convivenciais os dois modelos familiares são idênticos, é possível de facto sustentar uma melhoria no estatuto sucessório do companheiro sobrevivente.

Yelba Bonetti, também é uma voz crítica de toda esta situação, mas tende a seguir o posicionamento preconizado por Pamplona Corte-Real. Refere a autora, que esta desproteção do companheiro sobrevivente é violadora do princípio da igualdade e que há um grave dissenso na lei, ao buscar a máxima proteção da família nuclear com a sucessão legitimária e por outro lado, desclassificar a união de facto, que também tem natureza familiar e fazendo o companheiro sobrevivente parte deste núcleo, onde predominam os laços de afetividade.⁴³⁹ Acrescenta ainda, que a única diferença entre as duas figuras é o formalismo do casamento, como também já havíamos referido.⁴⁴⁰ Motivo pelo qual, entende que deve haver igualação a nível sucessório, visto que não pode haver um

⁴³⁶ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Direito das Sucessões...", pág. 372.

⁴³⁷ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Estatuto...", pág. 51.

⁴³⁸ Jorge DUARTE PINHEIRO, "O Estatuto...", pág. 53.

⁴³⁹ YELBA BONETTI, "Da Necessidade de Igualação da Posição do Companheiro à do Cônjuge no momento sucessório" em Temas Controvertidos de Direito das Sucessões, o cônjuge e o companheiro, Lisboa, aafdl, 2015, págs. 152 e 164.

⁴⁴⁰ YELBA BONETTI, "Da Necessidade...", pág. 158.

preconceito por parte do legislador, apenas pela circunstância de a união de facto não ser formalizada.⁴⁴¹

Tendo a união de facto natureza familiar, constitucionalmente reconhecida no artigo 36º/1 da CRP, o Estado tem de a proteger enquanto entidade familiar,⁴⁴² por via do artigo 67º da CRP. Pelo que o companheiro, não pode ser ignorado no plano sucessório e tratado de maneira tão desigual em relação ao cônjuge.

No Brasil, esta diferença já foi inclusive caracterizada como inconstitucional, precisamente por violação do princípio da igualdade, visto que a lei trata de forma diferente pessoas na mesma situação, o que configura uma discriminação injustificada. Isto porque, também neste ordenamento jurídico, existe consagração constitucional da união de facto enquanto modelo familiar e desigualdade no tratamento sucessório entre estas duas figuras, embora em diferentes moldes.⁴⁴³

No caso brasileiro, o companheiro sobrevivente poderá ter direito a uma quota igual à do seu descendente e do *de cujus*, a uma quota correspondente a metade da quota do descendente exclusivo do *de cujus*, ou a uma quota de um terço da legítima se concorrer com ascendentes. Pelo que, apesar da maioria dos autores defenderem que o companheiro sobrevivente é herdeiro necessário, este ocupa uma posição, ainda assim, discriminatória face ao cônjuge sobrevivente, pelo que, tal como em Portugal, ainda se denota um preconceito legal relativamente a este modelo familiar.⁴⁴⁴ A autora acrescenta ainda, que esta diferença de tratamento parece quase tratar-se de uma punição aos companheiros pela sua opção de vida,⁴⁴⁵ o que é inadmissível por via do artigo 26º/1 da CRP.

Para Yelba Bonetti, tudo isto se deve ao imobilismo do legislador sucessório e à incapacidade de adequação das soluções deste ramo do direito à atualidade. Mesmo com a movimentação doutrinária no sentido da igualação e com o ativismo judiciário brasileiro, que tem decidido no sentido da equiparação dos Direitos Sucessórios do companheiro aos do cônjuge sobrevivente, declarando a inconstitucionalidade do atual artigo 1790º do Código Civil Brasileiro, este entendimento ainda não foi seguido pelo legislador.⁴⁴⁶

⁴⁴¹ YELBA BONETTI, "Da Necessidade...", págs. 153 e 170.

⁴⁴² YELBA BONETTI, "Da Necessidade...", pág. 157.

⁴⁴³ YELBA BONETTI, "Da Necessidade...", págs. 158 e 159.

⁴⁴⁴ YELBA BONETTI, "Da Necessidade...", pág. 155.

⁴⁴⁵ YELBA BONETTI, "Da Necessidade...", pág. 166.

⁴⁴⁶ YELBA BONETTI, "Da Necessidade...", pág. 167.

A autora refere ainda, que vigora um regime demasiado benéfico para o cônjuge sobrevivente no código civil português e brasileiro, por oposição ao do companheiro sobrevivente, que ao invés de o proteger apenas confere um carácter inferior às famílias advindas da comunhão fáctica de vida.⁴⁴⁷ A autora defende então, que é necessária uma alteração legislativa que respeite o princípio da igualdade, o direito a constituir família e que adeque o plano fáctico ao plano jurídico, dado que se tratam de dois modelos familiares em que existe uma igual comunhão de vida.⁴⁴⁸ Ideias com as quais concordo e que inclusive já foram sendo referidas.

Enquanto não houver uma solução legal no sentido da igualação dos estatutos sucessórios, Yelba Bonetti defende a mesma solução que Pamplona Corte-real, ou seja, a aplicação analógica do estatuto sucessório do cônjuge, como herdeiro privilegiado, ao companheiro sobrevivente.⁴⁴⁹

Na verdade, a discussão subjacente aos direitos concedidos às uniões de facto, existe um pouco por toda a Europa e não só, como acabámos ver. Se olharmos para os diferentes países que a compõem, conseguimos concluir, que não existe um sentido unânime relativamente a esta questão. No sistema escandinavo, as uniões de facto registadas gozam da mesma protecção que o casamento, sendo este regime aplicado às uniões na maioria dos aspetos, já outros ordenamentos jurídicos, como o português e o Belga, negam a aplicação analógica das normas do casamento às uniões por não as considerarem iguais ao matrimónio.⁴⁵⁰ Na Alemanha, os regimes das duas figuras são muito semelhantes, podendo os unidos de facto incluir regimes de bens e efeitos sucessórios entre si.⁴⁵¹ Pelo que a questão está longe de ser pacífica e de obter resposta padronizada.

⁴⁴⁷ YELBA BONETTI, "Da Necessidade...", pág. 169.

⁴⁴⁸ YELBA BONETTI, "Da Necessidade...", pág. 171.

⁴⁴⁹ YELBA BONETTI, "Da Necessidade...", pág. 170.

⁴⁵⁰ Ana Moreno Sánchez-Moraleda, "Ley aplicable y reconocimiento de efectos de las uniones de hecho en Derecho Internacional Privado" em *Autonomia e Heteronomia no Direito das Sucessões*, pág. 382.

⁴⁵¹ Maria MARGARIDA PEREIRA, "Direito da Família", pág. 591.

CONCLUSÃO

Ao longo da presente dissertação, fomos percebendo, que o legislador tem vindo a reconhecer que o unido de facto sobrevivivo, necessita de tutela aquando da morte do seu companheiro, uma vez que, neste momento, surgem os mesmos problemas e as mesmas questões que se colocam em caso de morte de um dos cônjuges, ora não estivéssemos nós perante duas figuras análogas em termos convencionais.

Apesar disto, em minha opinião e tendo em conta que estamos perante dois modelos familiares, há ainda um tratamento muito díspar entre as duas figuras, nomeadamente, a nível sucessório. Esta diferenciação, é baseada no facto de as uniões não terem subjacente um vínculo contratual, não havendo assim assunção formal de deveres, o que só por si é claramente discriminatório.

O legislador, apenas tem concedido direitos do tipo assistencial e o membro sobrevivivo da união facto continua a não ser herdeiro legal do seu companheiro, o que carece completamente de justificação, visto que houve uma partilha de vida em condições análogas às dos cônjuges e que de facto, o convivente pode ser o familiar mais próximo do seu companheiro ora falecido. Esta situação, torna a omissão do Código Civil e da atual redação da LUF, chocante e transgressora do princípio da igualdade e da proporcionalidade em conjugação com o artigo 36º da CRP, dado que a união de facto tem natureza familiar, como já se concluiu.

Em visível contradição com esta situação, surge o facto de as duas figuras estarem cada vez mais próximas a nível social, dado que a sociedade as vê cada vez mais como modelos familiares equivalentes. Pelo que, qualquer alteração legislativa, com o intuito de melhorar o estatuto sucessório do companheiro sobrevivivo e aproximá-lo do estatuto do cônjuge, seria vista com total normalidade e viria inclusive refletir, precisamente, a semelhança com que os dois modelos familiares são vistos.

A nível jurídico, as duas figuras estão também cada vez mais próximas, como fomos observando ao longo da nossa análise. Para além da aproximação de alguns pontos de regime, o momento declarativo do casamento perdeu importância e por oposição, o seu momento executório ganhou relevância, sendo que esse momento é, por motivos óbvios, igual ao de quem vive em condições análogas às dos cônjuges.⁴⁵² Por todos estes

⁴⁵² Francisco BRITO PEREIRA COELHO, "Os Factos...", pág. 98.

aspetos, a diferença entre as duas figuras é hoje muito diminuta e, por isso, um tratamento tão discrepante, é a meu ver cada vez mais difícil de justificar.

Posto isto, julgo que o unido de facto deve ser herdeiro legítimo do seu companheiro, embora não legitimário, como é ainda hoje o cônjuge sobrevivente. De facto, é necessário tornar o unido de facto herdeiro legal por tudo o que acabei de referir, mas, por outro lado, tendo em conta que atualmente se caminha no sentido da prevalência do efetivo conteúdo relacional, a liberdade de disposição *mortis causa* deve prevalecer sobre a rigidez da sucessão legitimária, que deve ser revista e adequada às características sociais atuais. Hoje, não se justifica sequer, que o próprio cônjuge sobrevivente seja herdeiro legitimário, como já havíamos concluído.

A necessidade de exacerbada proteção do cônjuge sobrevivente já não se verifica atualmente e, por conseguinte, o convivente também não precisa dessa proteção. Cada um dos membros do casal, deverá avaliar o seu relacionamento e, se o pretender, afastar o cônjuge ou unido de facto da sucessão. Ainda assim, ambos deverão constar da primeira classe de sucessíveis legítimos, como presunção de que se o autor da sucessão nada disser, estes serão os seus familiares mais próximos do ponto de vista relacional e afetivo, ao lado dos descendentes.

Rute Teixeira Pedro, refere mesmo, que se caminha no sentido da configuração dos efeitos sucessórios tomando em consideração a atitude pretérita do sucessível em relação ao *de cujus* assente em dois pilares, a contribuição para a formação da riqueza a partilhar e os cuidados prestados ao falecido, sendo que o artigo 5º/4 da LUF representa precisamente esta orientação.⁴⁵³ Assim sendo, julgo que se avança num sentido de maior equiparação entre os efeitos sucessórios do casamento e da união de facto, pois o que é necessário ter em conta é o relacionamento efetivo, dado que os afetos e a convivência relevam cada vez mais e não a mera existência de um vínculo formal,⁴⁵⁴ pelo que nada subsiste para diferenciar as duas figuras.

Através da sucessão legítima, é ainda possível respeitar as opções dos membros da união de facto, que não quiseram os efeitos imperativos do casamento, dado que esta sucessão é supletiva e por isso pode ser afastada.

Apesar de entender que o companheiro sobrevivente tem de ser mais protegido no momento da morte do seu parceiro, dado que a união de facto é uma figura de natureza

⁴⁵³ Rute TEIXEIRA PEDRO, "Breves Reflexões...", pág. 345.

⁴⁵⁴ Rita LOBO XAVIER, "Para Quando...", pág. 608.

familiar que o Estado deve tutelar, também defendo que não tem de haver igualação com o cônjuge sobrevivente neste aspeto. Em primeiro lugar, porque os companheiros não quiseram o regime imperativo do casamento e por isso sujeitá-los a uma sucessão imperativa seria violador dos seus direitos, como já se referiu. E em segundo lugar, porque apenas viola o princípio da igualdade a solução atual, por tão discrepante e injustificada.

Apesar de estarem cada vez mais esbatidas as diferenças entre as duas figuras, os membros das uniões não quiseram o regime do casamento e por isso o seu tratamento não tem, nem pode ser, totalmente igual. Pelo que julgo que, o facto de o convivente sobrevivente ser tornar apenas herdeiro legítimo e o cônjuge continuar com o seu atual estatuto sucessório, se justificaria em pleno, pelo facto de os companheiros não se terem querido vincular ao regime legal previsto para o casamento, o que legitimaria a diferença.

É verdade que também defendo que o cônjuge sobrevivente deveria ser apenas herdeiro legítimo, mas não por necessidade de igualação com o companheiro sobrevivente e sim porque não necessita dessa proteção. Pelo que, também não faria sentido, defender que o unido de facto sobrevivente deve ser herdeiro legitimário do seu companheiro, pela aplicação analógica do regime sucessório do casamento, até porque estaria a ir contra o que já referi relativamente à posição do cônjuge, que é, na opinião da maioria da doutrina, excessiva e desnecessariamente protegido, como já vimos.

Além disso, o facto de o legislador não colocar o convivente sobrevivente no lote dos herdeiros não se trata de uma verdadeira lacuna, pois este intencionalmente não quis que o companheiro sobrevivente fosse herdeiro, pelo que a aplicação analógica neste ponto não é admissível. Como refere Cristina Araújo Dias, estamos perante uma lacuna intencional.

De facto, a aplicação analógica do regime do casamento, não é a solução mais indicada para resolver a falta de regulação na união de facto uma vez que este regime não foi querido pelos conviventes, apesar de se apresentar como uma forma de solucionar certos problemas que se levantam de igual modo em ambas as figuras e que carecem de resposta, dada a sua analogia convivencial.

A aplicação do regime geral, também não é a melhor solução, não só pelo que já se foi avançando, como porque este regime não tem em conta a existência de uma plena comunhão de vida. Por exemplo, não fará sentido que uma dívida, contraída para ocorrer aos encargos da vida familiar, seja apenas da responsabilidade daquele que a contraiu.

A juntar ao que acabámos de referir, não é admissível que os tribunais decidam caso a caso os problemas suscitados, através da aplicação analógica de normas comuns ou do regime matrimonial. Há aspetos que devem ser estipulados de acordo com a autonomia das partes e outros que a LUF deve especificamente regular, para que haja um mínimo de segurança jurídica indispensável a uma comunhão estável de vida.

A incerteza e a falta de proteção com que os unidos de facto atualmente lidam e para as quais a falta de soluções na LUF contribui bastante, não é admissível dado a sua inclusão no artigo 36º/1 da CRP.

Por tudo isto, a circunstância de o unido de facto sobrevivente não ser herdeiro legal do seu companheiro, não pode ser resolvida através da aplicação analógica do regime conjugal à união de facto. É antes necessário, que a solução venha prevista na LUF, para que os companheiros a conheçam *ab initio* e ainda para que, sendo prevista a inclusão do unido de facto no elenco dos herdeiros legítimos, os conviventes possam atuar por via testamentária afastando o companheiro da sua sucessão.

De facto, é tempo de o Direito Sucessório seguir os desígnios sociais e quebrar o imobilismo em que se encontra, a problemática relativa à união de facto é apenas uma, entre várias temáticas sucessórias cujas soluções necessitam de reforma. É necessário aproveitar o momento para virar as atenções para este ramo do Direito, por vezes esquecido, uma vez que a recente permissão dos pactos sucessórios renunciativos entre cônjuges, demonstra que o legislador está recetivo à mudança neste âmbito e tem-na como importante e necessária.

BIBLIOGRAFIA

- **ALMEIDA**, José Joaquim -" A União de Facto no Direito Português", Separata da Revista Espanhola de Derecho Canónico, vol. 50, nº134, Salamanca, 1993
- **ARAÚJO DIAS**, Cristina -" Da Inclusão Constitucional Da União de Facto: Nova Relação Familiar" em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume VI, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012
- **ASSUNÇÃO VIANA**, Bárbara Sofia -" A responsabilidade civil no âmbito conjugal, o caso particular da violação do dever de fidelidade", Dissertação de Mestrado em Ciências jurídico-privatísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob a orientação da Professora Doutora Rute Teixeira Pedro, Porto, 2017
- **AUGUSTO PAIS DE AMARAL**, Jorge -" Direito da Família e das Sucessões", Almedina, 5ª edição, 2018
- **BONETTI**, Yelba -" Da Necessidade de Igualação da Posição do Companheiro à do Cônjuge no momento sucessório" em Temas Controvertidos de Direito das Sucessões, o cônjuge e o companheiro, Lisboa, aafdl, 2015
- **BRITO PEREIRA COELHO**, Francisco - "Os Factos no Casamento e o Direito na União de Facto" em Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016
- **CARVALHO**, Telma -" A União de Facto como realidade jurídica próxima ou antagónica do casamento", Relatório de Mestrado, Disciplina de Direito Civil II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000/2001
- **CARVALHO**, Telma -" Dissolução da União de Facto: Morte e rompimento unilateral", Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, sob a orientação do Prof. Doutor Januário da Costa Gomes, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003
- **CASTRO MENDES**, João de - "Direito da Família", Edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990/1991
- **DUARTE PINHEIRO**, Jorge -" O Direito da Família Contemporâneo", Lisboa, aafdl, 5ª edição, 2017

- **DUARTE PINHEIRO**, Jorge - “O Direito das Sucessões Contemporâneo”, Lisboa, AAFDL Editora, 3ª edição, 2019
- **DUARTE PINHEIRO**, Jorge - “ O Estatuto do Sobrevivente da União: Pontos De Conexão e De Rutura Entre o Direito das Sucessões e o Direito da Família” em Temas Controvertidos de Direitos das Sucessões, O Cônjuge e o Companheiro, Lisboa, aafdl, 2015
- **DUARTE PINHEIRO**, Jorge -” O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal, Os Deveres Conjugais Sexuais”, Dissertação De Doutoramento Em Ciências Jurídicas, Faculdade De Direito da Universidade de Lisboa, Coleção Teses, Almedina, 2004
- **FRANÇA PITÃO**, José António de -” A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Atual Direito Sucessório Português”, Almedina, 4ª edição, 2005
- **FRANÇA PITÃO**, José António de -” Uniões de Facto e Economia Comum”, Almedina, 2ª edição, 2006
- **FRANÇA PITÃO**, José António de -” União de Facto no Direito Português, A Propósito da Lei nº 135/99, De 28/08”, Almedina, 2000
- **GALVÃO TELLES**,” Direito das Sucessões, Noções Fundamentais”, 6ª edição, Coimbra Editora, 1991
- **JEMOLO** - “La Famiglia e il Diritto”, in “Pagine Sparse di Diritto e Storiografia”, Giuffrè, 1957
- **LEITE DE CAMPOS**, Diogo, “Lições de Direito da Família e das Sucessões”, 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1997
- **LOBO XAVIER**, Rita -” A União de Facto e a Lei Civil no Ensino de Francisco Manuel Pereira Coelho e Legislação Atual” em Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016
- **LOBO XAVIER**, Rita - “Novas Sobre a União” More uxório” em Portugal” em Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1ª edição, 2002
- **LOBO XAVIER**, Rita -” O” Estatuto Privado” dos membros da União de Facto”, RJLB, ano 2, nº1, 2016
- **LOBO XAVIER**, Rita - “Para quando a renovação do direito sucessório português?” em Edição Comemorativa do Cinquentenário Código Civil”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017

- **MARGARIDA PEREIRA**, Maria -" Direito da Família", Lisboa, AAFDL Editora, 2ª edição, 2018
- **MARGARIDA PEREIRA**, Maria e **HENRIQUES**, Sofia -" Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII" em Revista julgar, 2018, págs. 1 a 20, acessível em: www.julgar.pt
- **MIRANDA**, Jorge e **MEDEIROS**, Rui -" Constituição Portuguesa Anotada", Tomo I, Coimbra Editora, 2005,
- **MORAIS**, Daniel- "A Autodeterminação Sucessória - por Testamento ou por Contrato?", Tese de doutoramento em Direito, Especialidade em Ciências Jurídico-Civis, sob a orientação de Miguel Teixeira de Sousa, Universidade de Lisboa, 2014
- **MORAIS**, Daniel - "A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre as gerações", em Revista de Direito Comercial, 2018, págs. 989 a 1117, acessível em: www.revistadedireitocomercial.com
- **MORAIS**, Daniel e **DUARTE PINHEIRO**, Jorge -" Hipóteses e Materiais para a Disciplina de Direito da Família, Lisboa, AAFDL editora, 2018
- **MORENO SÀNCHEZ-MORALEDA**, Ana -" Ley aplicable y reconocimiento de efectos de las uniones de hecho en Derecho Internacional Privado" em Autonomia e Heteronomia no Direito das Sucessões
- **OLIVEIRA** Guilherme de - "Notas sobre a Lei Nº 23/2010, De 30 de Agosto (Alteração à Lei Das Uniões de Facto)" em Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, nº14, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, págs. 139 a 153, acessível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt>
- **OLIVEIRA**, Guilherme de - "A Nova Lei do divórcio" em «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2010, págs. 5 a 32, acessível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt>
- **PAMPLONA CORTE-REAL**, Carlos -" A Não Sujeição do Cônjuge à Colação no Direito Sucessório Português. Outros Considerandos Críticos sobre a Vocação Sucessória do Cônjuge e do Companheiro" em Temas Controvertidos de Direito das Sucessões, O Cônjuge e o Companheiro, Lisboa, aafdl, 2015
- **PAMPLONA CORTE-REAL**, Carlos - "Direito da Família e das Sucessões", Relatório apresentado no concurso para professor associado da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, LEX, 1995

- **PAMPLONA CORTE-REAL**, Carlos - “Relance Critico sobre o Direito da Família Português” em Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016
- **PAMPLONA CORTE-REAL**, Carlos e **SILVA PEREIRA**, José -” Direito da Família, Tópicos para uma Reflexão Crítica”, Lisboa, aafdl, 2008
- **PEREIRA COELHO**, Francisco e **DE OLIVEIRA**, Guilherme -” Curso de Direito da Família “, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, Volume I, 5ª edição, 2016
- **RAFAEL AZEVEDO**, Inês -” A Transmissão por Morte do Direito ao Arrendamento”, Dissertação de Mestrado de Direito Privado, sob a orientação do Prof. Doutor Agostinho Cardoso Guedes, Universidade Católica do Porto, 2015
- **SOUSA LEAL**, Ana Cristina Ferreira de -” A Legítima do Cônjuge sobrevivente, Estudo Comparado Hispano- Português”, Coleção Teses, Almedina, 2004
- **TEIXEIRA PEDRO**, Rute -” Breves Reflexões sobre a Proteção Do Unido De Facto Quanto à Casa de Morada de Família Propriedade do Companheiro Falecido” em Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do **TC** n.º 275/2002, Processo n.º 129/2001, 2.ª secção, acessível em: <https://dre.pt>
- Acórdão do **TC** n.º 86/2007, processo n.º 26/2004, 2.ª secção, acessível em: <https://dre.pt>
- Acórdão do **TC** n.º 87/2007, processo n.º 995/2005, 2.ª secção, acessível em: <https://dre.pt>
- Acórdão do **TC** n.º 651/2009, processo n.º 1019/2008, plenário, acessível em: <http://www.dgsi.pt>
- Acórdão do **STJ** de 17 de Setembro de 2013, processo n.º 5036/11.3 TBVNG.P1.S1, acessível em: <http://www.dgsi.pt>
- Acórdão do **STJ** de 09 de Julho de 2014, processo n.º 3076/11.1TBLLE.E1.S1., acessível em: <http://www.dgsi.pt>

- Acórdão do **STJ** de 12 de Maio de 2016, processo n.º 2325/12. 3TVLSB. L1. S1, 2ª secção, acessível em: <http://www.dgsi.pt/>